BEWEISFRAGEN IM RAHMEN ÄRZTLICHER HAFTUNGSPROZESSE

Rolf Dietrich Gaupp

1969

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543901_0052

BEWEISFRAGEN IM RAHMEN ÄRZTLICHER HAFTUNGSPROZESSE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Rolf Dietrich Gaupp

aus Meseritz

1969

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23, Belgradstraße 11

Dekan:	Professor Dr. Otto Bachof
1. Berichterstatter:	Professor Dr. Fritz Baur
2. Berichterstatter:	Professor Dr. Josef Esser

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Dezember 1969

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSÜBERSICHT

Seite

Einleitung

I. Praktische Bedeutung der Arzthaftungsprozesse 1

II. Untersuchungsgegenstände dieser Arbeit 1

§ 1 Materiell-rechtliche und beweisrechtliche Grundlagen

I. Materielles Recht

1. Abhängigkeit der Beweisfragen von den Anspruchsgrundlagen 3
2. Die hier in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen 4
3. Einzelfragen hierzu 5
   a. Pflichtwidrigkeit 5
   b. Kausalität (haftungsbegründende und -ausfüllende) 7

II. Beweisrecht

1. Die zu beweisenden Behauptungen; Begriff der richterlichen "Überzeugung" (§ 286 ZPO) 7
2. Beweisschwierigkeiten im Arzthaftungsprozeß und deren Gründe 9
3. Allgemeine Möglichkeiten zur Verminderung dieser Beweisschwierigkeiten
   a. "Wahrscheinlichkeit" statt "Überzeugung"? 13
   b. Verringerung des "Beweismaßes" im Arzthaftungsprozeß? 16

§ 2 § 287 ZPO 18

I. Zweck und Funktion der Vorschrift im einzelnen 18

II. Anwendungsbereich von § 287 ZPO, besonders im Arzthaftungsprozeß

1. Schadenshöhe 21
2. Kausalzusammenhang 24
   a. Haftungsausfüllende Kausalität kann nach § 287 ZPO beurteilt werden 24
   b. Die abweichende Ansicht von J. Prölss; nähere Begründung der herrschenden Meinung 25
   c. Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 286 und § 287 ZPO im einzelnen 28
      aa. Überblick über die Rechtsprechung (Arzthaftungsrecht) 29
      bb. Begriff des sog. "Haftungsgrundes" 30

Seite

cc. "Zweiterfolg" als Teil des Haftungsgrundes? . 32
dd. "Ersterfolg" stets notwendigerweise Bestandteil des Haftungsgrundes? 36
3. Sonderfragen im Rahmen von § 287 ZPO
a. Beweis der Kausalität von Unterlassungen 42
b. Beweisfragen bei "hypothetischer Kausalität" und "mitwirkendem Verschulden" 44

§ 3 Anscheinsbeweis 46
I. Wirkungsweise und Rechtsnatur sowie Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises allgemein
1. Wirkungsweise, Rechtsnatur 47
2. Anwendungsbereich 48
II. Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht
1. Rechtsprechungs-Übersicht 49
a. Kausalitäts-Anscheinsbeweis 49
b. Fahrlässigkeits-Anscheinsbeweis 51
2. Würdigung der Rechtsprechung und abweichender Ansichten 52

§ 4 Die sog.. Beweisvereitelung 55
I. Allgemeines
1. Voraussetzungen 55
2. Rechtsfolgen 56
II. Fälle der Beweisvereitelung im Arzthaftungsrecht
1. "Regelfälle" 57
2. Problematische "Sonderfälle" 58

§ 5 Beweislastumkehr analog §§ 282, 285 BGB 60
I. Allgemeines zur Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung
1. Übersicht; Unzulänglichkeit der überwiegend vertretenen Meinungen 60
2. Die hier befürwortete Ansicht 61
II. Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung im Rahmen der Arzthaftung
1. Überblick sowie Gründe der herrschenden Meinung für die Ablehnung der Beweislastumkehr 63
2. Lösung auf Grund der hier befürworteten Ansicht zur Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung 65

Seite

§ 6 Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität in Arzthaftungsprozessen 68

I. Entwicklungslinien und Einzelheiten der Rechtsprechung

1. Voraussetzungen der Beweislastumkehr 69
2. Begründung 71
3. Beweislastumkehr dieser Art außerhalb des Arzthaftungsrechts 72

II. Versuch einer Erklärung und Begründung der Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht

1. Rechtsgrundlagen
   a. Keine unmittelbaren Anhaltspunkte im Gesetz 73
   b. Gewohnheits- und Richterrecht als mögliche Grundlage regelwidriger Beweislastverteilung 74
   c. Gewohnheitsrecht 74
   d. Richterliche Rechtsfortbildung; Erfordernis des Nachweises eines entsprechenden Beweislastverteilungs-Prinzips 75
2. Haftung für "mögliche" Kausalität? 77
3. Beweislastverteilung nach "Billigkeit" oder "Zumutbarkeit"?
   a. Einzelfallbezogene Billigkeits- oder Zumutbarkeitserwägungen 80
   b. Generalisierende Erwägungen dieser Art 82
4. Ableitbarkeit der Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht aus anderweitig anerkannten "Typen" der Beweislastumkehr 84
   a. Anwendungsfall der Grundsätze über die "Beweisvereitelung"? 84
   b. Ausprägung einer Beweislastverteilung entsprechend §§ 282, 285 BGB oder nach "Gefahrenbereichen"?
      aa. §§ 282, 285 BGB entsprechend 87
      bb. Beweislastverteilung nach "Gefahrenbereichen" 88
   c. Anwendbarkeit der Grundsätze über die Beweislastumkehr bei Verstoß gegen Schutzvorschriften?
      aa. Übersicht über die insoweit allgemein vertretenen Ansichten 90
      bb. Einzelvoraussetzungen und Begründung der dort angenommenen Beweislastumkehr; Folgerungen hieraus für die Arzthaftung 91
      cc. Speziell die Beweislastumkehr bei Verstoß gegen Unfallverhütungsvorschriften 92
      dd. Das der Beweislastumkehr bei Übertretung von Unfallverhütungsvorschriften zugrunde liegende "Wahrscheinlichkeitsprinzip"; Konsequenzen für die Arzthaftung 93

Seite

5. Beweislastumkehr als Teil gerechter "Schadenszurechnung"?
   a. Anhaltspunkte für ein unmittelbar am materiellrechtlichen Haftungstatbestand anknüpfendes Beweislast-Prinzip 96
   b. Nachweis eines solchen Prinzips 96
   c. Anwendung und Anwendungsgrenzen 99
6. Ergebnis sowie Bestimmung der Voraussetzungen der Beweislastumkehr auf Grund der ihr nach der hier vertretenen Ansicht zugrunde liegenden Beweislastprinzipien 102

Zusammenfassung 106

LITERATURVERZEICHNIS

Aufklärungspflicht des Arztes; Beiträge von Stammberger, Kleinewefers, Junghanns, Wiethölter; Köln-Berlin 1962 (zit.: Aufklärungspflicht)	
Bauer, Karl-Heinrich	Aktuelle Rechtsfragen in der Chirurgie; Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie, 1961, 281 ff.
Baumbach-Lauterbach	Kommentar zur ZPO; 29. Aufl., München-Berlin 1966
Baumgärtel	Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren; ZZP 69, 89 ff.
Baur	Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts; Diss., Tübingen 1935 (zit.: Schadensersatzrecht)
	Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht; in: "Summum ius, summa iniuria", Tübingen 1963
	RabelsZschr 1968, 158 ff. (Besprechung von "Freiheit und Bindung ...")
Blomeyer	Die Umkehr der Beweislast; AcP 158, 97 ff.
	Zivilprozeßrecht (Erkenntnisverfahren); Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
	Gutachten zum 46. DJT, Essen 1966, Bd. I, Teil 2 A (zit.: Gutachten)
Bockelmann	Strafrecht des Arztes; Stuttgart 1968
Bolding	Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im Schwedischen Zivilprozeß; in: "Freiheit und Bindung ...", 57 ff.
Bremer	Die zivilrechtliche Haftung des Arztes; Diss. Köln 1934
Bruns	Zivilprozeßrecht; Berlin-Frankfurt/M. 1968
Burmester	Die Haftpflicht des Arztes und der Krankenanstalt im Spiegel der Rechtsprechung; Hamburg 1957

Bydlinski	Haftung bei alternativer Kausalität - zur Frage der ungeklärten Verursachung, besonders im österreichischen Zivilrecht; österr. JBl. 1959, 1 ff.
	Mittäterschaft im Schadensrecht; AcP 158, 410 ff.
	Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht; Stuttgart 1964
	AcP 167, 437 ff. (Besprechung von Buxbaum, Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung)
von Caemmerer	Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht; Karlsruhe 1962
Daimer	DNotZ 1954, 324 ff. (Urteilsanmerkung)
Deutsch	Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt - eine privatrechtliche Untersuchung; Köln-Berlin-Bonn-München 1963
	Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen fehlender adäquater Kausalität; JZ 1966, 556 ff.
Diederichsen	Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis; VersR 1966, 211 ff.
	Zur Beweislastverteilung bei Schadensersatzansprüchen aus Vertrag, Delikt und Gefährdungshaftung; Karlsruher Forum 1966, 21 ff.
	46. DJT, 1966, Bd. II E 77 ff. (Diskussionsbeitrag)
	Fortschritte im dogmatischen Verständnis des Anscheinsbeweises; ZZP 81, 45 ff. (Besprechung von Hainmüller, E. Pawlowski)
	NJW 1969, 269 ff. (Urteilsanmerkung)
Döhring	Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß - Beweiserhebung und Beweiswürdigung; Berlin 1964
Donaldson	Zum Problem der sicheren Bemessung des Schmerzensgeldes; AcP 166, 462 ff.

Eberhardt, Dietrich	Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands; Diss. Freiburg, Karlsruhe 1968 (Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht, Heft 8)
Eberhardt, Wulf	Zur Apothekerhaftpflicht - kann die Verabreichung der "falschen Pille" zur Ersatzpflicht führen? Zeitschr. f. Vers. wesen, 1969, 227 ff.
Ebermayer	Der Arzt im Recht - rechtliches Handbuch für Ärzte; Leipzig 1930
Eisner	Beweislastfragen und Beweiswürdigung im deutschen und amerikanischen Zivilprozeß; ZZP 80, 78 ff.
Ekelöf	Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins; ZZP 75, 289 ff.
Engisch	Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation; Jena 1958
Enneccerus-Lehmann	Schuldrecht; 15. Aufl., Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts; Bd. I und II, 15. Aufl., Tübingen 1959 und 1960
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Münster/W. 1967, 4. Aufl.
Esser	Schuldrecht; 2. Aufl., Karlsruhe 1960
	Schuldrecht; 3. Aufl., Bd. I, Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1968
	Schuldrecht; 3. Aufl., Bd. II, Besonderer Teil, Karlsruhe 1969
	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts; 2. unveränderte Aufl., Tübingen 1964
	Theorie und System einer allgemeinen deutschen Schadensordnung; DRWiss 1942, 65 ff.
	AcP 151, 555 f. (Besprechung von Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht)

	Verschuldens- und Gefährdungshaftung bei Umgang mit ionisierenden Strahlen in Klinik und Labor; 9. Internat. Kongreß für Radiologie, 1537 ff.
	in "Freiheit und Bindung ...": Vorwort, 5 ff.; Diskussionsbeitrag, 77 ff.
	Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht; Festschrift für Fritz von Hippel, 95 ff., Tübingen 1967
Etmer-Bolck	Kommentar zur Bundesärzteordnung; München 1967
Fichtner	NJW 1966, 454 (Urteilsanmerkung)
Fikentscher	Schuldrecht; 2. Aufl., Berlin 1969
Fischer	Die Verantwortlichkeit des Chirurgen und seiner Hilfskräfte; Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie, 1961, 878 ff.
Fischer-Herget-Mollowitz	Das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen; München 1968
Fortbildungskurs für sozialmedizinische Begutachtungskunde; Heidelberg 1966;	Die Sozialgerichtsbarkeit 1967, 42 ff.
Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung; Verhandlungen	der Fachgruppe für Grundlagenforschung anläßlich der Tagung für Rechtsvergleichung, Kiel 1965; Vorwort von Esser; Referate von Kuchinke, Lando, Bolding; Diskussionsbericht; Frankfurt/M.-Berlin 1966
Geigel	Der Haftpflichtprozeß; 13. Aufl., München-Berlin 1967
Gernhuber	Haftung bei alternativer Kausalität; JZ 1961, 148 ff.
Giesen	Die Haftung des Warenherstellers; NJW 1969, 582 ff.
Goldhahn-Hartmann	Chirurgie und Recht; Stuttgart 1937
Gschnitzer	österr. JBl. 1953, 18 (Urteilsanmerkung)

Güldner	Die Beweislast für Verschulden bei Haftung für positive Vertragsverletzung, Verschulden beim Vertragsschluß und nachvertragliches Verschulden; Diss. Bonn 1965
Haas	Der prima-facie-Beweis im Arztprozeß; Diss. Köln 1939
Hahn	Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen; Bd. II
Hainmüller	Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß; Diss. Tübingen 1966 (Bd. 1 der juristischen Studien herausgegeben von der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät)
Hanau	NJW 1968, 2291 f. (Urteilsanmerkung)
Hauß	in: "Freiheit und Bindung ...", 84 f. (Diskussionsbeitrag)
	Karlsruher Forum 1966, 38 (Diskussionsbeitrag)
	NJW 1967, 969 f. (Besprechung von J. Prölss, Beweiserleichterungen ...)
Heck	Grundriß des Schuldrechts; Tübingen 1929, unveränderter Nachdruck 1958
von Hippel, Eike	Internationale Entwicklungstendenzen des Schadensersatzrechts; NJW 1969, 681 ff.
Hübner-Drost	Ärztliches Haftpflichtrecht; Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1955
Kallfelz	JW 1935, 3540 (Urteilsanmerkung)
	DR 1941, 931 (Urteilsanmerkung)
Karlsruher Forum (KF)	1959: Haftung und Verschulden
	1966: Beweisfragen im Schadensersatzrecht
Kayser-Leiss	Die Amtshaftung; 2. Aufl., München-Berlin 1958
Kegel	Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast; Festgabe für Kronstein, 322 ff.; Karlsruhe 1967

Klang-Wolff	Kommentar zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch; Bd. VI, 2. Aufl., Wien 1951
Klauser	Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung; JZ 1968, 167 ff.
Kleinewefers-Wilts	Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler; VersR 1967, 617 ff.
Klingmüller	Einleitung zum Karlsruher Forum 1966, 1 f.
	Der Kausalitätsbegriff in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts; in: "Rechtsschutz im Sozialrecht", 127 ff.; Köln-Berlin-Bonn-München 1965
Klug	Die Verletzung von Denkgesetzen als Revisionsgrund; Festschrift für Ph. Möhring, 363 ff.; München-Berlin 1965
König-Köstlin	Haftpflicht des Arztes; Leipzig 1937
Köpcke	Typen der positiven Vertragsverletzung; Stuttgart-Berlin-Köln 1965
Kollhosser	Der Anscheinsbeweis in der höchstrichterlichen Rechtsprechung - Entwicklung und aktuelle Bedeutung; Diss. Mainz 1963
	Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung; AcP 165, 46 ff.
Kralik	Die Beweiswürdigung im zivilgerichtlichen Verfahren; österr. JZ 1954, 157 ff.
Kuchinke	Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung; in: "Freiheit und Bindung ...", 15 ff.
Kuhns	Das gesamte Recht der Heilberufe; Berlin 1958
Lange, Hermann	Gutachten zum 43. DJT, München 1960, Bd. I Teil I 1, 1 ff.
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft; Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960
	Schuldrecht; Bd. I, Allgemeiner Teil; 9. Aufl., München 1968

	Schuldrecht; Bd. II, Besonderer Teil; 9. Aufl., München 1968
	Die Kausalität der Unterlassung (zu BGHZ 7, 198); NJW 1953, 686 f.
	Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht (zu BAG, NJW 1959, 356); NJW 1959, 865 f.
Lauenstein	Ist § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Verkehrsunfälle anwendbar? NJW 1961, 1661 f.
Laufs	Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht; NJW 1969, 529 ff.
Lemhöfer	Die überholende Kausalität und das Gesetz; JuS 1966, 337 ff.
Lent-Jauernig	Zivilprozeßrecht; 14. Aufl., München 1969
Leo	Wahrscheinlichkeit und Rechtsfindung; HansRZ 1923, Sp. 41 ff.
Leonhard	Die Beweislast; 2. Aufl., Berlin 1926
Leonhardt	Ablösung des kausalen Denkens in der ärztlichen Begutachtung; Die Sozialgerichtsbarkeit 1955, 261 ff.
Lepa	Die Verteilung der Beweislast und ihre rationelle Begründung; Diss. Köln 1963
Liertz-Paffrath	Handbuch des Arztrechts; Düsseldorf 1938
Locher	Der prima-facie-Beweis in Arztprozessen; Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt, 245 ff.; Tübingen 1931
Lohe	Der Rechtsbegriff der groben Fahrlässigkeit; VersR 1968, 323 ff.
Lossen	Überspitzte ärztliche Sorgfaltspflicht; Hippokrates 1952, 197 ff., 224 ff., 254 ff.
Martens	Über Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit; Monatsblätter für klinische Augenheilkunde, 1965, 279 ff.

Marum	Der prima-facie-Beweis in Schadensersatzprozessen wegen Röntgenschädigung; Diss. Köln 1935
Mazeaud-Tunc	Traité théorique et pratique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle; Bd. I, 6. Aufl., Paris 1965
Moser	Das Kausalitätsproblem im Atomhaftpflichtrecht; Die Atomwirtschaft 1962, 249 ff.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich;	Bd. III, 1888
Mueller, Berthold	Unterschiedliche Gesichtspunkte bei der Beurteilung ärztlicher Kunstfehler im Straf- und Zivilrecht; Hefte zur Unfallheilkunde, Heft 45 (1953), 81 ff.
Müller, Max Ludwig	Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht; Tübinger Habilitationsschrift, Tübingen 1914
Nastelski	NJW 1969, 1101 (Besprechung von Esser, Schuldrecht, 3. Aufl.)
Neumann-Duesberg	JR 1952, 72 f. (Urteilsanmerkung)
	Beweis des hypothetischen Schadenseintritts bei überholender Kausalität; NJW 1952, 131 f.
Niederländer	Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen; AcP 153, 41 ff.
	JZ 1959, 775 (Urteilsanmerkung)
Oftinger	Schweizerisches Haftpflichtrecht; Bd. I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1958
Palandt	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; 28. Aufl., München 1969
Pawlowski, Enka	Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag; Diss. Göttingen, Göttingen 1966 (Bd. 60 der Göttinger rechtswissenschaftlichen Studien)
Perret	Arzthaftpflicht; München-Berlin 1956
	in Fischer-Herget-Mollowitz, 83 ff.

Peters, Egbert — Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners; ZZP 82, 200 ff.

Petersen — Die Haftung des Arztes in der Rechtsprechung des BGH; DRiZ 1962, 194 ff., 233 ff., 264 ff.

Piegler — Beweisprobleme in Österreich; Karlsruher Forum 1966, 35 f.

Prölss, Jürgen — Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß; Diss. München, Karlsruhe 1966 (Heft 7 der Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht)

Raape — Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung; AcP 147, 217 ff.

Rabel — Umstellung der Beweislast, insbesondere der prima-facie-Beweis; RheinZschr 1923, 428 ff.

Raiser, Thomas — Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck; Diss. Tübingen 1962

Referentenentwurf zur Änderung und Ergänzung schadensersatz-rechtlicher Vorschriften; Bd. I (Gesetzesänderungen), Bd. II (Begründung); Bonn/Karlsruhe 1967

Rehbinder — Pyrrhus-Sieg in der Produzentenhaftung? Zu BGH, NJW 1969, 269; JuS 1969, 208 ff.

Reichsgerichtsräte-Komm. (RGRK) — Bürgerliches Gesetzbuch

Bd. I, 2. Teil (§§ 241 - 432); 11. Aufl., Berlin 1960

Bd. II, 1. Teil (§§ 433 - 704); 11. Aufl., Berlin 1959

Bd. II, 2. Teil (§§ 705 - 853); 11. Aufl., Berlin 1960

Reinhardt — Karlsruher Forum 1966, 41 (Diskussionsbeitrag)

Rosenberg — Zivilprozeßrecht; 9. Aufl., München-Berlin 1961

Die Beweislast; 5. Aufl., München-Berlin 1965

Rother — Adäquanztheorie und Schadensverursachung durch mehrere; NJW 1965, 177 ff.

Rümelin	Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht; AcP 90, 171 ff.
	Die Haftung im klinischen Betrieb; Tübingen 1913
Scheffler	Grenzfragen der Verantwortlichkeit bei Arzt, Anwalt und Notar; Karlsruher Forum 1959, 43 ff.
Schmidt-Eberhardt	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
	Teil I, 2. Aufl., Göttingen 1964
	Teil II, Göttingen 1957, mit Nachtragsband I (StPO), 1967
Schneider, Egon	Die Beweiswürdigung im Zivilprozeß; MDR 1965, 879 ff.
	Die Beweisvereitelung; MDR 1969, 4 ff.
Schönke	Beweislast, tatsächliche Vermutung und schuldhafte Vereitelung der Beweisführung; ZAkDR 1939, 193 f.
Schönke-Schröder	Kommentar zum Strafgesetzbuch
	13. Aufl., München-Berlin 1967
	14. Aufl., München 1969
Schreiber	Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozeß; Berlin-Heidelberg-New York, 1968
Schülli	Rechtsprobleme des Kausalitätsnachweises bei Strahlenschäden; Die Atomwirtschaft 1961, 557 ff.
Selb	Karlsruher Forum 1966, 42 (Diskussionsbeitrag)
Selbherr	Der Gedanke der Zumutbarkeit im Zivilprozeßrecht; Diss. Tübingen 1962
Simitis	Gutachten C zum 47. DJT, Nürnberg 1968; München 1968
Soergel-Siebert	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
	Bd. II, Schuldrecht I (§§ 241 - 610), 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967

	Bd. II, Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 433 - 853), 9. Aufl., 1962
Spann	Ärztliche Rechts- und Standeskunde; München 1962
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
	Bd. I, Allgemeiner Teil; 11. Aufl., Berlin 1957
	Bd. II, Teil 1 b (§ 242); 11. Aufl., 1961
	Bd. II, Teil 1 c (§§ 249 - 327); 10./11. Aufl., 1967
	Bd. II, Teil 3 (§§ 611 - 704); 11. Aufl., 1958
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung
	19. Aufl., 5. Lieferung (§§ 244 - 288), Tübingen 1968
Stoll, Hans	"The Wagon Mound" - eine neue Grundsatzentscheidung zum Kausalproblem im englischen Recht; Festschrift für Dölle, I, 371 ff.; Tübingen 1963
	Die Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung; Festschrift für Fritz von Hippel, 517 ff.; Tübingen 1967
	Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht; Tübingen 1968 (Recht und Staat, Heft 364/365)
Stoll, Heinrich	Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung; AcP 136, 257 ff.
Theuerkauf	Beweislast, Beweisführungslast und Treu und Glauben, MDR 1962, 449 ff.
Thiersch	JW 1928, 2212 (Urteilsanmerkung)
Thomas-Putzo	Kurzkommentar zur Zivilprozeßordnung; 3. Aufl., München 1968
Titze	JW 1933, 2701 (Urteilsanmerkung)
Traeger	Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht; Marburg 1904

Uhlenbruck	Typische Formen des Krankenhaus-Aufnahmevertrags; NJW 1964, 431 ff.
	Beweisfragen im ärztlichen Haftungsprozeß; NJW 1965, 1057 ff.
	Der Beweis im Arzthaftungsprozeß; Arztrecht 1968, 99 ff.
Venzmer	Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht; München 1960
Verhandlungen	des 43. DJT, München 1960; Bd. I (Gutachten), Tübingen 1960; Bd. II (Sitzungsberichte), Tübingen 1962
	des 46. DJT, Essen 1966; Bd. I (Gutachten), München-Berlin 1966; Bd. II (Sitzungsberichte), 1967
	des 47. DJT, Nürnberg 1968; Bd. I (Gutachten), München 1968
Wach	Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung; KrVjSchr 15, 329 ff.
Wassermeyer	Der prima-facie-Beweis und die benachbarten Erscheinungen; Münster/W. 1954
	NJW 1954, 1119 (Urteilsanmerkung)
Watermann	Kann der Kausalitätsbegriff aufgegeben werden? Die Sozialgerichtsbarkeit 1957, 230 ff.
	Die Ordnungsfunktion von Kausalität und Finalität im Recht; Berlin 1968
Weitnauer	Fragen der ärztlichen Verantwortlichkeit in zivilrechtlicher Sicht; Der Betrieb 1961, Beilage 21, 1 ff.
	Das Atomhaftungsrecht in nationaler und internationaler Sicht; Göttingen 1964
	Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung; Karlsruher Forum 1966, 3 ff.

Westen	Garantie und Risikohaftung für sog. Verkehrspflichtverletzungen; Festschrift für Fritz von Hippel, 591 ff. ; Tübingen 1967
Wieczorek	Kommentar zur Zivilprozeßordnung und zu den Nebengesetzen
	Bd. II Teil 1 (§§ 253 - 329), Berlin 1957
Wiethölter	Arzt und Patient als Rechtsgenossen. Ein zivilrechtlicher Beitrag zur ärztlichen Aufklärungspflicht; in: "Aufklärungspflicht des Arztes", 71 ff.
Wilburg	Die Elemente des Schadensrechts; Marburg 1941
	43. DJT, München 1960, Bd. II C 13 ff. (Referat)
Wilts	Die Kausalität der Trunkenheitsfahrt; Blutalkohol 1967, 312 ff.
	Schadensersatzhaftung für Einleitung infektiöser Krankenhausabwässer durch die Kanalisation; VersR 1968, 516 ff.
Wolf, Joseph Georg	Der Normzweck im Deliktsrecht; Göttingen 1960
Wolff, Hans-Julius	Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., München 1968
Zierke	Kann die Verabreichung der "falschen Pille" zur Ersatzpflicht führen? Zeitschrift für Versicherungswesen 1969, 341
Zöller	Kommentar zur Zivilprozeßordnung; 10. Aufl., München 1968

EINLEITUNG

I. Den Zivilgerichten liegen recht häufig Fälle fehlerhafter ärztlicher Behandlung zur Entscheidung vor. Ein Blick in die entsprechende Rubrik des Sachverzeichnisses etwa der Zeitschrift "Versicherungsrecht" bestätigt dies [1]. Prozesse dieser Art haben für die Parteien oft besonders schwerwiegende Auswirkungen. Beispielsweise [2] wird eine Familie, deren Ernährer im Anschluß an eine verhältnismäßig einfache ärztliche Behandlung ("Impletol-Novalgin"-Injektionen gegen Ischias) gestorben ist, nachdrücklich auf die Realisierung möglicherweise gegen den Arzt bestehender Schadensersatzansprüche Wert legen. Eine Verurteilung könnte andererseits den belangten Arzt menschlich und beruflich schwer treffen. Zwar wird für ihn zunächst die mögliche strafrechtliche Relevanz seines Verhaltens im Vordergrund stehen, zumal er in aller Regel haftpflichtversichert ist. Aber auch eine ihm ungünstige Entscheidung im Zivilprozeß belastet den Arzt mit der im Urteil getroffenen Feststellung, er habe seine Berufspflichten verletzt, ihm sei ein "Kunstfehler" unterlaufen. Hieraus können sich, vor allem im Wiederholungsfall, schwerwiegende berufliche Nachteile ergeben; möglicherweise stehen Berufsstellung und soziales Ansehen des Arztes auf dem Spiel.

II. In Arzthaftungsfällen sind also in aller Regel sehr schwerwiegende Entscheidungen zu treffen. Die Aufgabe des entscheidenden Gerichts wird hierbei zusätzlich besonders dadurch erschwert, daß oft komplizierte, schwierig aufklärbare Zusammenhänge Prozeßgegenstand sind. Beweisschwierigkeiten sind typisches Kennzeichnen von Rechtsstreitigkeiten dieser Art. An diesen Schwierigkeiten würde auch der durch Sachverständige unterstützte Kläger vielfach scheitern. Die Rechtsprechung hilft ihm mit Formen der Beweiserleichterung [3], die entweder im Bereich der Beweiswürdigung oder im Gebiet der Beweislastverteilung liegen. § 287 ZPO und die Grundsätze über den Anscheinsbeweis, möglicherweise auch die für die sog. Beweisvereitelung geltenden Regeln sowie §§ 282, 285 BGB (entsprechend angewandt auf Fälle der positiven Vertragsverletzung) kommen hier als beweiserleichternde Möglichkeiten in Be-

1) Über die Zunahme der Zahl ärztlicher Haftpflichtprozesse und die Gründe dieses Anwachsens vgl. WIETHÖLTER, in: Aufklärungspflicht des Arztes, 1962, 71 ff. (85 f. auch zur "Prozeßsoziologie" solcher Verfahren)

2) vgl. BGH, VersR 68, 498 f. = NJW 68, 1185

3) vgl. J. PRÖLSS, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1966

tracht. Im Arzthaftungsprozeß ist die Frage der Anwendbarkeit dieser Beweiserleichterungen besonders häufig prozeßentscheidend [4]. Die Rechtsprechung wendet indessen auf diesem Haftungsgebiet die verschiedenen Arten der Beweiserleichterung teilweise mit Einschränkungen oder mit Modifikationen an. Sie hat andererseits hier eine Beweislast-Regel entwickelt, bei der sehr fragwürdig ist, ob sie dogmatisch haltbar und über das Arzthaftungsrecht hinaus anwendbar ist.

Gegenstand dieser Arbeit sind die erwähnten Formen der Beweiserleichterung in ihrer Anwendung auf Arzthaftungsfälle. Die neuere Rechtsprechung hat sich, wie im einzelnen zu zeigen sein wird, besonders ausführlich und häufig mit § 287 ZPO und der oben angedeuteten Beweislast-Umkehr "sui generis" befaßt; dort liegen auch die praktisch und dogmatisch wohl interessantesten Probleme. Entsprechend werden hier die Akzente gesetzt.

Hieraus ergibt sich die Begrenzung der vorliegenden Darstellung. Allgemeine Grundfragen zum Anscheinsbeweis, zur "Beweisvereitelung" und zu §§ 282, 285 BGB werden - auch mit Rücksicht auf umfassendere neuere Veröffentlichungen [5] - nur am Rande erörtert. Materiell-rechtliche Probleme der Arzthaftung werden nur insoweit behandelt, als sie im Rahmen beweisrechtlicher Fragen von Bedeutung sind.

---

4). vgl. etwa die geradezu katalogmäßige Aufzählung aller "Typen" der Beweiserleichterung in BGH, VersR 63, 67 und 65, 91

5) PRÖLSS, aaO; HAINMÜLLER, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, 1966; E. PAWLOWSKI, Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag, 1966; BLOMEYER, Gutachten zum 46. DJT (1966), Band I Teil 2 A

§ 1
MATERIELL-RECHTLICHE UND BEWEISRECHTLICHE GRUNDLAGEN

I. Materielles Recht

1. Welche Behauptungen im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren "erheblich" und daher, falls bestritten, Gegenstand des Beweises sind, folgt aus den für die Beurteilung des Falles maßgeblichen Vorschriften des materiellen Rechts; deren tatbestandliche Voraussetzungen sind zu behaupten und erforderlichenfalls zu beweisen. Das materielle Recht bestimmt im allgemeinen gleichzeitig auch, welche Partei Nachteile trägt, möglicherweise den Prozeß verliert, wenn ihr Beweisversuch erfolglos, der Sachverhalt also insoweit unaufklärbar bleibt ("non liquet") und daher "nach der Beweislast" entschieden werden muß; denn nach der "Grundregel"der Beweislastverteilung [1] trägt jede Partei die (materielle) Beweislast für das Vorliegen derjenigen tatsächlichen Umstände, welche die Tatbestandsmerkmale der ihr günstigen Rechtsnorm ausfüllen. Die Rechtssätze, die den Urteilsinhalt bestimmen, fungieren nach jener Grundregel deshalb zugleich als Beweislastnormen [2].

Es sind daher die im Arzthaftungsrecht hauptsächlich in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen kurz zu erörtern. Hierbei besteht - themabedingt - die Notwendigkeit einer Beschränkung. Schadensersatzforderungen gegen Ärzte werden zunehmend auf das Vorbringen gestützt, der Arzt habe den Patienten vor Einleitung der Behandlung nicht oder nicht ausreichend über die Behandlungsrisiken aufgeklärt. Trifft diese Behauptung zu - ein Vorbringen, das sich in Arzthaftungsprozessen immer mehr zur "Subsidiärbegründung" entwickelt [3]-, ist der Arzt für nachteilige Behandlungsfolgen haftpflichtig, auch wenn die Behandlung selbst korrekt war [4]. Beweisschwierigkeiten bestehen aber in Fällen dieser Art nur selten. Diese Fallgestaltung bleibt hier daher außer Betracht. Die Erörterung beschränkt sich auf Fälle, in denen dem Arzt aus der Art und Weise von Diagnose oder Therapie ein Vorwurf gemacht wird, weil schädi-

---

1) vgl. statt aller BGHZ 39, 103 (106); 42, 16 (18); ROSENBERG, Beweislast (1965), 12, 98 f.; BAUMBACH-LAUTERBACH, § 282 Anhang 2

2) ROSENBERG, Beweislast, 80; HAINMÜLLER, aaO, 75

3) vgl. WIETHÖLTER, Aufklärungspflicht, 79 (83); LAUFS, NJW 69, 529

4) vgl. LAUFS, aaO; EBERHARDT, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 1968, 31 ff., 201 ff.; ESSER, Schuldrecht, 3. A., II, 398 f.; WEITNAUER, DB 61, Beilage 21, 6 ff. sowie die Rechtspr.-Übers. bei WIETHÖLTER, Aufklärungspflicht, 82 ff.

gende Folgen der betr. ärztlichen Maßnahme eingetreten sind.

2. In diesem Zusammenhang kann der Arzt persönlich im wesentlichen aus folgenden (oft nebeneinander gegebenen) Rechtsgründen in Anspruch genommen werden:

Positive Vertragsverletzung (Forderungsverletzung), §§ 280, 286, 325, 326 BGB analog, im Rahmen des zwischen Arzt und Patient bestehenden Behandlungsvertrags [5]; unerlaubte Handlung (§ 823 I BGB, § 823 II BGB in Verbindung mit § 230 oder § 222 StGB, nur selten in Verbindung mit speziellen Schutzgesetzen [6]), jeweils ergänzt durch §§ 843 ff. BGB;

Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 667 ff. BGB), etwa bei "ungerufener" ärztlicher Hilfeleistung nach einem Verkehrsunfall (wobei die in § 680 BGB statuierte Beschränkung des Sorgfaltsmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit von Bedeutung sein kann, zumal diese Beschränkung nach allgemeiner Ansicht [7] auch auf die möglicherweise daneben bestehende deliktische Haftung übergreift).

Neben oder an die Stelle der nach diesen Bestimmungen begründeten Verantwortlichkeit des Arztes kann die des (privaten oder öffentlichen) Krankenhausträgers oder sonstiger Rechtssubjekte treten:

Organhaftung (§§ 31, 89 BGB);

Vertragshaftung [8] (§ 278 BGB!);

Haftung aus unerlaubter Handlung (§ 831 BGB), praktisch sehr oft wertlos wegen des (noch [9]) gestatteten Entlastungsbeweises;

Haftung aus Amtspflichtverletzung (Art. 34 GG in Verb. mit § 839 BGB) bei Maßnahmen der Gesundheitsfürsorge im "hoheitlichen" Tätigkeitsbereich, z. B. Röntgen-Reihenuntersuchungen [10], Schutzimpfungen [11].

---

5) Zu dessen rechtl. Einordnung (Dienst- oder Werkvertrag), die beweisrechtlich ohne Bedeutung ist, vgl. unten § 5 II 2, Fußn. 43

6) vgl. unten § 2 II 2 c, dd und § 6 II 4 c, cc

7) vgl. WEITNAUER, DB 61, Beilage 21, 6; ESSER, Schuldrecht, 3. A., II, 459/460 m. w. N.

8) zum Krankenhausvertrag ("totaler", "gespaltener" Krankenhausaufnahmevertrag) vgl. UHLENBRUCK, NJW 64, 431 ff.; 65, 1057 ff. (1062 m. Fußn. 76 a)

9) anders im "Referentenentwurf zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften", 1967, I 4, II 77 ff. (94 ff.)

10) z. B. BGH, VersR 60, 909

11) z. B. BGH, VersR 59, 70; 68, 987, 989

Im Rahmen der letztgenannten Fallgruppe kann schließlich eine Haftung öffentlich-rechtlicher Körperschaften aus "Aufopferung" [12] bestehen, soweit nicht bei Impfschäden bereits die Spezialregelung in § 51 des Bundesseuchengesetzes [13] eingreift.

3. Zu den Tatbestandsmerkmalen der in Arzthaftungsfällen praktisch wichtigsten Anspruchsgrundlagen - positive Vertragsverletzung, unerlaubte Handlung (§ 823 I, II BGB) und Amtspflichtverletzung - gehören u. a. Fahrlässigkeit des ärztlichen Verhaltens (Vorsatz, auch bedingter, wird praktisch kaum jemals gegeben sein) sowie Kausalität zwischen diesem Verhalten und der im Anschluß an die Behandlung eingetretenen Schädigung des Patienten. Die Notwendigkeit des Nachweises dieser "Haftungselemente" [14] ist, wie im einzelnen noch zu begründen sein wird, der Grund der Beweisschwierigkeiten im Arzthaftungsprozeß. Eine nähere Bestimmung des Inhalts der erwähnten Haftungsvoraussetzungen ist daher unumgänglich.

a. Der Arzt ist bei seiner Berufstätigkeit zur Einhaltung der hier erforderlichen Sorgfalt verpflichtet (vgl. § 276 I 2 BGB) [15]. Die zu verlangende Sorgfalt richtet sich nach den in der konkreten Situation (zu berücksichtigen etwa Art und Umstände des Eingriffs, Alter und körperliche Verfassung des Patienten und dgl.) objektiv maßgeblichen Pflichtanforderungen. Was insoweit vom Arzt zu verlangen ist, ergibt sich vor allem aus den "Kunstregeln", den für das betr. Fachgebiet anerkannten medizinischen Grundsätzen [16]. Fehlen solche Grundsätze oder sind sie umstritten ("Schulenstreit"), wird der Arzt im allgemeinen die größtmögliche, nicht nur die allgemein übliche, Sorgfalt zu beachten haben [17]. Im ganzen ist bei Festsetzung des Pflichtenmaßstabs "der schmale Pfad zwischen Mißachtung der Patienteninteressen und Überspannung der Anforderungen an den

---

12) dazu allgemein WOLFF, Verw. Recht, I, 415, 419 ff.

13) vom 18. 7. 1961, BGBl. I 1012

14) vgl. WILBURG, Die Elemente des Schadensrechts, 1941

15) zu § 276 I 2 BGB als Pflichtenmaßstab vgl. ESSER, 3. A., I, 245 ff.; zustimmend z. B. NASTELSKI, NJW 69, 1101 (Buchbesprechung)

16) BGHZ 8, 138 (140); BGH, VersR 56, 224 (225); NJW 68, 2291 (2293); DEUTSCH, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963, 134/135; HÜBNER-DROST, Arztl. Haftpflichtrecht, 12; BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes 85 ff.; and. Ans. ENGISCH, Die rechtl. Bedeutung der ärztlichen Operation, 23

17) BGHZ 8, 140; BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, 87 f.; kritisch SCHEFFLER, Karlsruher Forum (KF) 59, 51 ff.

Arzt zu beschreiten" [18].
Genügt das ärztliche Verhalten diesen objektiven Pflichtanforderungen nicht, ist es also "pflichtwidrig", so ist damit das Urteil der Fahrlässigkeit noch nicht endgültig gerechtfertigt. Hierzu muß hinzukommen, daß dem Arzt aus der Außerachtlassung der objektiv gebotenen und möglichen Sorgfalt ein Vorwurf gemacht werden kann. Frage dieses Schuldvorwurfs ist, ob der Arzt in dem betr. Einzelfall dafür verantwortlich gemacht werden kann, daß er jene gebotenen Sorgfaltsmaßnahmen nicht angewandt hat, weil er beispielsweise bei einem unvorhersehbaren Operationszwischenfall (plötzliche Blutung, Herzstillstand) ausserstande war, sachgerecht zu handeln [19]. Der Schuldvorwurf ist zwar - Fahrlässigkeit, so gesehen, als "typisiertes Verschulden" [20] - nicht "persönlichkeitsbezogen", wohl aber "situationsbezogen" [21]; d. h.: Mängel der individuellen Fähigkeiten entschuldigen nicht, wohl aber Situationen, denen auch ein "normal tüchtiger" Arzt nicht gewachsen gewesen wäre [22].

Unter dem häufig gebrauchten (nichtjuristischen) Begriff "Kunstfehler" nun wird - soweit dieser Terminus nicht, wie vor allem vielfach von medizinischer Seite, überhaupt abgelehnt wird [23] - sehr Verschiedenartiges verstanden [24]. Es dürfte aber die Auffassung überwiegen, die mit diesem Begriff einen Verstoß gegen allgemein anerkannte Grundsätze der medizinischen Wissenschaft bezeichnet [25]. Ob die Begrenzung auf "allgemein anerkannte" Grundsätze richtig ist [26], kann hier dahingestellt bleiben. Entscheidend ist - gerade auch in beweisrechtlichem Zusammenhang [27] -, daß mit dem Wort "Kunstfehler" eine Verletzung objektiver Sorgfaltsanforderungen gekennzeichnet wird. Der Begriff "Kunstfehler" gehört also im Rahmen der oben skizzierten Unterscheidung in den

---

18) SOERGEL-R. SCHMIDT, Rdnr. 38 zu § 276 BGB
19) ESSER, 3. A., I, 247; DEUTSCH, Fahrlässigkeit, 96 ff.; HAINMÜLLER, aaO, 120 f.
20) LARENZ, Schuldrecht, I, 220 ff.
21) ESSER, aaO
22) vgl. ESSER, 2. A., 201
23) so LOSSEN, Hippokrates 1952, 227; PERRET in FISCHER-HERGET-MOLLOWITZ, Das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen, 1968, 85 f.; kritisch auch BURMESTER, Haftpflicht des Arztes, 1956, 140
24) vgl. DEUTSCH, Fahrlässigkeit, 135 m. w. N.
25) RG, JW 35, 115; BGHZ 8, 140; WEITNAUER, DB 61 Beil. 21, 6; ESSER, 2. A., 844; BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, 86 f.; EBERMAYER, Arzt im Recht, 1930, 88 f.
26) dagegen ENGISCH, Bedeutung der Operation, 23
27) vgl. unten § 5 II 2; § 6 I 1, 4 c, dd, 5

Bereich der Pflichtwidrigkeit, nicht in den der Vorwerfbarkeit [28]. So findet auch die in der Rechtsprechung oft anzutreffende Wendung eine Erklärung, "Kunstfehler" und Verschulden seien nicht gleichzusetzen [29].

b. Weitere Haftungsvoraussetzung ist, daß die dem Arzt zum Vorwurf zu machende Pflichtwidrigkeit die beim Patienten eingetretene Schädigung (adäquat) verursacht hat. Im Schadensersatzrecht werden üblicherweise zwei Kausalitäts-Kategorien unterschieden [30], die sich am besten bei § 823 I BGB verdeutlichen lassen.
Ursächlichkeitszusammenhang ist erforderlich zwischen pflichtwidrig-vorwerfbarem Verhalten und der Verletzung eines der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter (hier: Leben, Körper oder Gesundheit) - haftungsbegründende Kausalität. Weiter muß der eingetretene Schaden (z. B. der Verdienstausfall) Folge dieser (haftungsbegründenden) Rechtsgutsverletzung sein - haftungsausfüllende Kausalität.
Diese Unterscheidung ist zunächst von materiell-rechtlicher Bedeutung. So braucht die Schuld des "Täters" anerkanntermaßen im allgemeinen nur bis zum haftungsbegründenden Verletzungsereignis zu reichen, also nur den haftungsbegründenden Kausalzusammenhang zu umfassen; die einzelnen Schadensfolgen werden rein objektiv zugerechnet [31]. Aber auch im Beweisrecht bestehen insoweit, wie noch ausführlich zu zeigen sein wird, wichtige Unterschiede. In vorwiegend beweisrechtlichem Zusammenhang wird dann auch zu erörtern sein, wie die oben angedeutete Unterscheidung im einzelnen zu treffen ist.

II. 1. Damit ist der gegenständliche Bereich der im Arzthaftungsprozeß praktisch wichtigen Beweisfragen umrissen. Die Schadensersatzklage des Patienten hat (wenn von möglichen Beweiserleichterungen abgesehen wird) im Rahmen der positiven Vertragsverletzung, der unerlaubten Handlung (§ 823 I, II BGB, auch in Verbindung mit §§ 31, 89 BGB) und der Amtspflichtverletzung nur Erfolg, wenn die Kausalität im oben skizzierten doppelten Sinn sowie die das Fahrlässigkeitsurteil rechtfertigenden Umstände zur "Überzeugung" des Gerichts

---

28) ESSER, 3. A., I, 247; ENGISCH, aaO, 23; STOLL, Festschrift f. F. v. Hippel, 1967, 554

29) vgl. z. B. RG, HRR 31, 1748; BGHZ 8, 140

30) vgl. (vorläufig) SOERGEL-R. SCHMIDT, Rdnrn. 14, 16 zu §§ 249 - 253 BGB; ESSER, 3. A., I, 298

31) vgl. statt aller RGZ 66, 251 (253); BGH, VersR 58, 266; ESSER, 3. A., I, 300; STOLL, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968, 25

(§ 286 I ZPO) feststehen.
Das Erfordernis richterlicher Überzeugung besagt nach überwiegender Meinung, der Richter müsse subjektive Gewißheit über Wahrheit oder Unwahrheit der betr. Behauptung erlangen [32]. Es ist unzweifelhaft, daß hierbei absolute, "mathematische" Sicherheit nicht verlangt werden kann [33]. Andererseits genügt der vorherrschenden Ansicht aber "einfache" Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit des betr. Vorbringens in der Regel nicht [34]. Zwischen diesen beiden "Grenzpunkten" liegt der Bereich, in dem sich die richterliche Überzeugung zu bilden hat [35]. Der Vorgang der Überzeugungsbildung enthält oft letztlich irrationale, in der Haltung des einzelnen Richters (entschlußfreudig, zögernd, übervorsichtig) wurzelnde Momente [36]. Das Ergebnis dieses Vorgangs ist daher vielfach nur hinsichtlich seiner objektiven Grundlagen rechtlich nachprüfbar (vgl. § 286 I 2 ZPO, wonach im Urteil die Gründe anzugeben sind, "die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind").

Rechtsprechung und Literatur sind deshalb bemüht, über die Festlegung der genannten Grenzpunkte hinaus weitere objektive Maßstäbe aufzustellen. So erklären sich Wendungen wie: Richterliche Überzeugung sei gleichzusetzen mit der Feststellung eines "hohen Grades der Wahrscheinlichkeit, der nach der Lebenserfahrung der Gewißheit gleichkommt" [37] oder einfach mit einer "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" [38]; die Überzeugung werde durch noch vorhandene "abstrakte" Zweifel nicht ausgeschlossen, wohl aber durch "Zweifel bezüglich des konkreten Falls" [39]; der Richter solle "nicht da noch zweifeln,

---

32) vgl. HAINMÜLLER, aaO, 38 f.; PRÖLSS, aaO, 23 f.; KOLLHOSSER, Anscheinsbeweis (Diss. Mainz 1963), 15 f.; SCHREIBER, Theorie des Beweiswerts, 1968, 5 f.

33) RGZ 162, 223(229); BGH(St), NJW 51, 83 f.; STEIN-JONAS-SCHUMANN-LEIPOLD, Anm. I 1 zu § 286 ZPO; ROSENBERG, Beweislast, 181

34) RGZ 95, 249/250; 98, 58 (60); BGHZ 7, 116 (119); BGH, NJW 66, 1263 (1265); STEIN-JONAS, aaO; BAUMBACH-LAUTERBACH, Anm. 2 B, C zu § 286

35) Zum Spielraum, den der Richter insoweit hat, vgl. "Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung", Tagung f. Rechtsvergl., 1965, insbes. ESSER, 10-13; KUCHINKE, 35

36) HAINMÜLLER, aaO,38; WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 1954, 69; BAUMBACH-LAUTERBACH, Anm. 2 B zu § 286 ZPO; vgl. auch BGH, NJW 51, 325

37) RGZ 162, 223(229); BGH, NJW 51, 83; BAUMBACH-LAUTERBACH, aaO

38) RGSt 61, 202 (206); DÖHRING, Erforschung des Sachverhalts, 34

39) BGHSt 11, 1 (5); dazu auch HAINMÜLLER, aaO, 39

wo auch jeder andere die Lebensverhältnisse überschauende Mann überzeugt wäre" [40].

Derartige Versuche, die richterliche Überzeugungsbildung durch Objektivierung "in den Griff zu bekommen", lassen aber die Tatsache unberührt, daß die weitaus überwiegende Meinung [41] ein objektives "Wahrscheinlichkeitsurteil" jedenfalls im Rahmen von § 286 ZPO [42] nicht für ausreichend hält. Letztlich ausschlaggebend für die Tatsachenfeststellung ist nach dieser Ansicht vielmehr das "Evidenzgefühl" des Richters [43].

Kann das Gericht im Haftpflichtprozeß auch unter Zuhilfenahme der genannten objektiven Kriterien keine Überzeugung vom Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen gewinnen - "non liquet" -, hat sich die Entscheidung nach der Beweislast zu richten [44]. Im Arzthaftungsprozeß trägt im Hinblick auf die oben erwähnten, praktisch wichtigsten Anspruchsgrundlagen nach der grundsätzlich geltenden Verteilungsregel [45] der Kläger die Beweislast. Das "Beweisrisiko" ginge also normalerweise zu seinen Lasten. Dieses Risiko aber ist gerade im Haftpflichtprozeß wegen eines ärztlichen "Kunstfehlers" besonders groß.

2. Soll die Klage Erfolg haben, müßte hier nämlich zur Überzeugung des Gerichts (§ 286 I ZPO) - wenn die später zu erörternden Beweiserleichterungen außer Betracht bleiben - im einzelnen festgestellt sein [46]:

In welcher Situation war der Arzt zur Zeit des Verhaltens, aus dem der Kläger Schadensersatzansprüche herleitet? Welche Fähigkeiten hat ein Arzt der betr. Fachrichtung im Durchschnitt? Wie hätte sich ein solcher "Durchschnittsarzt" in dieser konkreten Situation verhalten? Schließlich: Hat das auf dieser tatsächlichen Grundlage möglicherweise als fahrlässig zu beurteilende Verhalten des Arztes für den Patienten schädigende Folgen gehabt, und zwar in dem vom Kläger behaupteten Umfang?

Fragen dieser Art sind, auch wenn zur Überzeugungsgewinnung auf "Indi-

---

40) ROSENBERG, Beweislast, 181; BLOMEYER, Gutachten, 15

41) vgl. die Zitate oben Fußn. 32-34; zu abweichenden Ansichten unten II 3

42) zu § 287 ZPO unten § 2 I 1

43) so treffend SCHREIBER, Beweiswert, 5/6; z. T. abweichend BLOMEYER, Gutachten, 15

44) vgl. oben I 1

45) oben I 1

46) vgl. oben I 3 a, b sowie HAINMÜLLER, aaO, 220

zien" [47] zurückgegriffen wird, häufig nur sehr schwer zu beantworten. Dies folgt aus der Eigenart der in Arzthaftungsprozessen zu beurteilenden Sachverhalte.

Bereits die erforderliche Rekonstruktion der Sachlage bereitet hier häufig große Schwierigkeiten [48]. Der (zudem oft in Narkose behandelte) Patient kann hierzu in aller Regel nur wenig beitragen. Ihm fehlt das für auch nur oberflächliche Sachverhaltserkenntnis notwendige fachliche Beurteilungsvermögen. Diagnose- und Therapiemethoden werden mit dem Fortschritt der Medizin immer komplizierter und zugleich undurchsichtiger. So erfordert beispielsweise bereits eine "einfache" Gallenstein-Operation rein technisch für alle Beteiligten 450 - 500 Einzelakte [49]. Aber auch der Arzt, der die Behandlung durchgeführt hat, wird im Prozeß über den oft Jahre zurückliegenden "Fall" vielfach keine genauen Angaben mehr machen können; der zunächst ganz alltäglich anmutende operative Eingriff etwa, dessen nachteilige Auswirkungen sich möglicherweise erst viel später zeigen, geht in der Flut der Tagesarbeit an einer größeren Klinik unter. Schriftliche Aufzeichnungen (Krankenblatt, Operationsbuch und dgl.) können zwangsläufig nicht alle Einzelheiten enthalten - Einzelheiten, die für die rechtliche Beurteilung aber oft entscheidend sind. Schließlich ist häufig nachträglich auch nicht mehr feststellbar, welche besonderen Eigenarten die Konstitution des betr. Patienten im Zeitpunkt des Behandlungsbeginns aufgewiesen hat.

Grundlage für die Ermittlung der "Durchschnittsfähigkeiten" eines Arztes des jeweiligen Fachgebietes werden vor allem die auf diesem Sektor allgemein angewandten Diagnose- und Therapiemethoden sein; deren Beherrschung kann und muß durchschnittlich vorausgesetzt werden. Möglicherweise liegt aber der durchschnittlich vorhandene Leistungsstandard tatsächlich höher, ist die allgemeine Übung nur eine aus Bequemlichkeit eingerissene Nachlässigkeit [50]. Vielleicht hat sich andererseits auf einem neuen, noch nicht sehr häufig betretenen Gebiet der Medizin bisher noch kein durchschnittlicher Fähigkeitsmaßstab herausgebildet. Kann man schließlich heutzutage, angesichts immer größerer Spezialisierung, auch nur auf einem bestimmten Fachgebiet den hierfür repräsen-

---

47) wie beim Fahrlässigkeitsnachweis regelmäßig erforderlich; vgl. hierzu und zum Indizienbeweis allgemein HAINMÜLLER, aaO, 220, 178 ff.; 22; PRÖLSS, aaO, 26 ff.; KOLLHOSSER, Diss., 76 ff.; BLOMEYER, Gutachten, 1; zur Abgrenzung vom Anscheinsbeweis vgl. unten § 3 I 1

48) vgl. RÜMELIN, Haftung im klin. Betrieb, 1913, 19

49) K. H. BAUER, Aktuelle Rechtsfragen in der Chirurgie, Langenbecks Archiv für Klin. Chirurgie 1961, 281 ff. (289)

50) vgl. etwa BGHZ 8, 138 ff.

tativen Typus des "Durchschnittsarztes" überhaupt noch ausfindig machen?

In welcher Weise sich dieser "Durchschnittsarzt" im (nachträglich rekonstruierten!) Einzelfall verhalten hätte, läßt sich oft gleichfalls nur schwer feststellen. Die ärztliche Tätigkeit besteht zu einem großen Teil in der "Kunst, hic et nunc das Richtige zu tun" [51]. Auf vielen, noch im einzelnen unerforschten oder in der Wissenschaft unterschiedlich beurteilten Gebieten der Medizin fehlen anerkannte "Kunstregeln" oder stellen "Außenseitermethoden" [52] bisher für maßgeblich gehaltene Grundsätze in Frage. Vielleicht hätte im konkreten Fall gerade ein überdurchschnittlich befähigter Arzt von der Anwendung einer nach allgemeiner Ansicht indizierten Maßnahme abgesehen; kann nun dem Beklagten, der sich nicht an die "herrschende Meinung" gehalten hat, dies zur Last gelegt werden? Einfühlungsvermögen und Intuition des einzelnen Arztes werden oft die letztlich ausschlaggebende Richtschnur seines Handelns sein, ganz besonders in atypischen, unvorhersehbaren Situationen. Der schon vor Jahrzehnten formulierte, pointierte Satz: "Die Regeln der ärztlichen Kunst lassen sich nicht paragraphieren wie etwa die nautischen Vorschriften in der Seefahrt" [53] gilt deshalb auch heute noch.

Der Nachweis von Umständen, die Grundlage der rechtlichen Würdigung des ärztlichen Verhaltens sind, begegnet aus diesen Gründen sehr oft größten Schwierigkeiten. Die Beweisschwierigkeiten steigern sich noch im Rahmen des Nachweises der Kausalität.

Die Zahl der Möglichkeiten, die einer ärztlichen Behandlung den Erfolg versagen und zum Eintritt einer Schädigung des Patienten führen können, ist nahezu unübersehbar [54]. Hauptsächlicher Grund hierfür ist die Unberechenbarkeit organisch-physiologischer Geschehensabläufe, die sich einer Gesetzmäßigkeit im Sinne exakter Naturwissenschaft weithin entziehen [55]. So gibt das Phänomen des "plötzlichen Todes", der - möglicherweise gerade im Anschluß an eine ärztliche Behandlung - ohne pathologisch-anatomisch nachweisbare Ursache eingetreten ist, auch heute noch den Wissenschaftlern Rätsel auf [56]. Entsprechend

---

51) LOCHER, Der prima-facie-Beweis in Arztprozessen, Festg. f. Heck, Rümelin, Schmidt, 1931; 245 ff. (269)

52) vgl. BGH(St), NJW 62, 1780 (Fall "Issels")

53) THIERSCH, JW 1928, 2212 (Urteilsanmerkung)

54) hierzu im einzelnen LOSSEN, Hippokrates 1952, 197 ff., 224 ff., 254 ff. (passim)

55) vgl. LOCHER, Festg. f. Heck, 264; FISCHER-HERGET-MOLLOWITZ, Ärztl. Gutachten im Versicherungswesen, 77

56) vgl. LOSSEN, Hippokrates 1952, 226

schwierig gestaltet sich oft der Nachweis, daß ein (erwiesener) Behandlungsfehler die Ursache des unglücklichen Behandlungsverlaufs war. Fast jede ärztliche Behandlung, heute in zunehmendem Maß auch die Diagnostik (z. B. die insoweit entwickelten Punktionsverfahren, etwa Leber-Punktion bei Hepatitis), birgt Risiken, die zur Schädigung des Patienten führen können. Dieses Risiko mag sich entsprechend dem Fortschritt der Medizin insgesamt, statistisch gesehen, verringern. Andererseits schaffen aber neue Diagnose- und Therapieverfahren oft zusätzliche, bisher unbekannte Gefahrenquellen. Der allgemeinen Vergrößerung der Heilungschancen - Folge der Verbesserung und Intensivierung der Heilmethoden - steht so nicht selten ein vergrößertes Behandlungsrisiko im Einzelfall gegenüber [57].

Dieser Umstand erhöht auch die Schwierigkeit des Kausalitätsnachweises bei fehlerhafter, angeblich schädigender ärztlicher Behandlung. Der "Beweisnotstand" des Patienten (oft aber auch des Arztes) ist möglicherweise auf den einzelnen medizinischen Fachgebieten unterschiedlich stark ausgeprägt. Besonders groß ist er etwa bei diagnostischem und vor allem therapeutischem Einsatz ionisierender Strahlen, wo noch nach Jahrzehnten "Spätschäden" auftreten können [58], oder auch auf anderen, noch weitgehend unerforschten Gebieten [59]. Wie die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle bestätigen, sind aber, im ganzen gesehen, die Schwierigkeiten des Ursächlichkeitsbeweises im Arzthaftungsrecht allgemein und nicht auf bestimmte Fachgebiete beschränkt [60].

Auch der in Arzthaftungsprozessen wohl stets zugezogene medizinische Sachverständige kann angesichts dieser Beweisschwierigkeiten dem Gericht oft keine "Überzeugung" [61] vom Vorliegen oder Nichtvorliegen der Haftungsvoraussetzungen vermitteln. Gerade der gewissenhafte Sachverständige, der sich der Begrenztheit und Unzulänglichkeit seiner Wissenschaft bewußt ist, wird einem Gewißheitsurteil abgeneigt sein [62]. Ein derart hoher Bestimmtheitsgrad der Sachverständigenaussage kann schon deshalb nicht verlangt werden, weil - wie bereits

---

57) hierzu besonders LAUFS, NJW 1969, 529 m. w. N.

58) vgl. ESSER, 9. Internat. Kongreß für Radiologie, 1537 ff. (1543, 1544); allgemein zu Beweisfragen bei Strahlenschäden WEITNAUER, Atomhaftungsrecht, 114 ff.; SCHÜLLI, Atomwirtschaft 61, 557 ff.; MOSER, Atomwirtschaft 62, 249 ff.

59) vgl. etwa BGH, VersR 63, 67 ("Resorcin"-Fall)

60) vgl. z. B. RGZ 78, 432; BGH, NJW 69, 553 (vgl. i. ü. die in den späteren Ausführungen zitierten Entscheidungen zum Arzthaftungsrecht)

61) vgl. oben II 1

62) vgl. LOCHER, Festg. f. Heck, 264

erwähnt - ein Großteil der hier zu beurteilenden biologischen Funktionsabläufe nicht zu objektivieren ist; sie sind weder meßbar, wägbar noch mathematisch errechenbar. Bei dieser Sachlage muß sich der Gutachter fast stets mit der Angabe von Wahrscheinlichkeiten begnügen [63]. Trotz aller wissenschaftlicher Fortschritte bleibt vieles im Dunkeln, zumal der progressiv zunehmende Umfang des Erfahrungswissens für den einzelnen Sachverständigen oft kaum mehr überschaubar ist [64]. Schließlich darf auch nicht ganz außer Betracht bleiben, daß im Arzthaftungsprozeß der Sachverständige wegen der Notwendigkeit, über das berufliche Tun eines Kollegen Angaben zu machen, vor allem in Kausalitätsfragen [65] hinsichtlich des Bestimmtheitsgrades seines Gutachtens oft sehr zurückhaltend sein wird [66].

3. a. Das medizinische Gutachten gibt dem Gericht also in aller Regel nur Auskunft über eine "Wahrscheinlichkeitslage" [67]. § 286 ZPO verlangt, wie ausgeführt [68], nach überwiegender Ansicht aber die Überzeugung des Richters, fordert von ihm also eine "spezielle Zusatzleistung" [69], durch die ein vom Sachverständigen nach empirischen Kriterien ermitteltes Wahrscheinlichkeitsmaß zur richterlichen Überzeugung erhoben wird. Diese "Zusatzleistung" macht dem Gericht aus den genannten Gründen besonders im Arzthaftungsprozeß oft ganz erhebliche Schwierigkeiten. Die Tatsachenfeststellung würde daher gerade in Prozessen dieser Art entscheidend erleichtert, begnügte man sich allgemein mit dem Nachweis objektiv feststellbarer (überwiegender) Wahrscheinlichkeit.

---

63) vgl. insbesondere FISCHER-HERGET-MOLLOWITZ, Ärztliches Gutachten im Versicherungswesen, 77; vgl. auch MUELLER, Hefte zur Unfallheilkunde, Heft 45 (1953), 81 ff. (86); RÜMELIN, Haftung im klinischen Betrieb, 22

64) vgl. MARTENS, Klin. Monatsblätter für Augenheilkunde, 1965, 279 ff. (282); SCHEFFLER, KF 1959, 44 (mit eindrucksvollen Zahlenbeispielen über den Umfang der Fachliteratur in Medizin und Recht)

65) treffend MAZEAUD-TUNC, Responsabilité Civile, 512, Fußn. 1: "La causalité est un terrain de choix pour les experts qui veulent couvrir les fautes de leurs confrères."

66) vgl. noch LOCHER, Festg. f. Heck, 264; RÜMELIN, Haftung im klinischen Betrieb, 14, Fußn. 1

67) LOCHER, aaO, 265

68) oben II 1

69) KUCHINKE in: "Freiheit und Bindung", 35; DÖHRING, Erforschung des Sachverhalts, 462 ff.

Ansatzpunkte hierfür sind vorhanden. So wird, wie erwähnt [70], die Freiheit des Richters bei Bildung seiner Überzeugung auch bereits im Rahmen der hergebrachten Auffassung von § 286 I ZPO gebunden durch Aufstellung objektiver, revisibler Maßstäbe ("an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" und dgl.) [71]. Die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins [72] schränken jene richterliche Freiheit im Ergebnis weiter ein; KOLLHOSSER [73] kritisiert aus diesem Grund vor allem die Art und Weise, in der die Anwendung von Anscheinssätzen bislang revisionsrechtlich kontrolliert wird, als Verstoß gegen § 286 I ZPO. Außerdem ließen sich Grundfragen des Anscheinsbeweises wie auch anderer Formen der Beweiserleichterung recht plausibel beantworten, sähe man ihre Grundlage in Wahrscheinlichkeitserwägungen [74]. Erwägungen dieser Art wird schließlich beispielsweise auch im österreichischen [75], schweizer [76] und skandinavischen [77] Recht bei der Tatsachenfeststellung entscheidende Bedeutung eingeräumt. Der Verzicht auf "Überzeugung" im hergebrachten Sinn zugunsten einer "ehrlichen Wahrscheinlichkeitsaussage (und -abwägung)" [78] könnte daher recht nahe liegen. Dieser Verzicht wird denn auch von der deutschen Lehre teilweise befürwortet [79].

Eine ausführliche Erörterung dieser für die Sachverhaltsfeststellung im Prozeß grundlegenden Frage würde hier zu weit führen. Nur soviel sei bemerkt:

---

70) oben II 1

71) zu diesem Gesichtspunkt ESSER, in "Freiheit und Bindung", 11 f.

72) hierzu im einzelnen unten § 3

73) Diss., insbesondere 52 ff., 93 ff.

74) vgl. KEGEL, Festg. f. Kronstein, 322 ff. ("Individualanscheinsbeweis"); allgemein WEITNAUER, KF 1966, 10 ff.; vgl. auch unten § 6 II 4 c dd

75) vgl. etwa österr. OGH, JBl. 1953, 18 (m. zust. Anm. von GSCHNITZER); KLANG-WOLFF, Bd. VI, S. 12; KRALIK, ÖJZ 54, 157; PIEGLER, KF 66, 35 f.

76) vgl. z. B. BGE II 32, 669 (674), andererseits aber auch BGE II 57, 196 (208) (Arthaftungsfall!); OFTINGER, Schweizer. Haftpfl. Recht, I, S. 63

77) vgl. BOLDING, in "Freiheit und Bindung", 57 ff.; dazu auch ESSER, aaO, 14; EKELÖF, ZZP 75 (1962), 289 ff.; zum anglo-amerikanischen Recht vgl. noch EISNER, ZZP 80 (1967), 78 ff. (85)

78) ESSER, aaO, 12

79) so insbesondere KEGEL, Festg. f. Kronstein, 1967, 332 ff. (vor allem 343 f.); BRUNS, Zivilprozeßrecht, 1968, 274 ff.; vgl. auch ROSENBERG, Beweislast, 181; BLOMEYER, Gutachten, 16

Der Grundsatz: "Objektive Wahrscheinlichkeit statt subjektiver richterlicher Überzeugung" (der allerdings nicht im Sinne krasser Gegensätzlichkeit dieser beiden Begriffe verstanden werden sollte [80]) könnte allgemein in hohem Maße zur Minderung von Beweisschwierigkeiten beitragen. Diese Schwierigkeiten sind - besonders illustratives Beispiel auch in diesem Zusammenhang wiederum die Arzthaftungsfälle - im heutigen hochtechnisierten Zeitalter oft besonders drückend [81]; der genannte Grundsatz könnte daher eine zeitgemäße Anpassung des Beweisrechts an die modernen Daseinsverhältnisse bewirken. Zudem bestünde bei Anerkennung dieses Satzes kein Bedürfnis mehr für die erwähnten sonstigen Kriterien hinsichtlich Maß und Inhalt "freier" (!) richterlicher Überzeugung - Kriterien, die im Rahmen der hergebrachten Auffassung zu § 286 ZPO recht fragwürdig sind. Ebenso würden manche der von der Rechtsprechung entwickelten Formen der Beweiserleichterung, die dogmatisch nur schwer begründbar sind [82], auf diese Weise auch praktisch überflüssig.

Das "Wahrscheinlichkeitsprinzip" in dieser allgemeinen Form dürfte aber mit dem geltenden Recht nicht in Einklang zu bringen sein. Nach Abkehr von der legalen Beweistheorie sollte gerade die subjektive, persönliche Richterentscheidung das für die Tatsachenfeststellung ausschlaggebende Kriterium sein [83]. Der Versuch, dieses subjektive "Fürwahrhalten" durch objektive Wahrscheinlichkeitserwägungen gänzlich zu ersetzen, könnte daher bereits an § 286 I ZPO scheitern [84]. Er ist zudem aus materiell-rechtlichen Gründen problematisch. Stellt das Gericht etwa im Hinblick auf die Schadensursächlichkeit eines Verhaltens eine zwar überwiegende (d. h. über 50 % liegende), aber doch die Möglichkeit eines andersartigen Geschehensablaufs nicht ausschließende Wahrscheinlichkeit fest und läßt es diese Wahrscheinlichkeit ohne weiteres für die Verurteilung genügen, so nimmt es die Belastung eines "Nichttäters" mit der Ersatzpflicht bewußt und ausdrücklich in Kauf [85]. Erachtete man generell, also nicht nur bei bestimmter Fallkonstellation, einen bestimmten (welchen?) Wahr-

---

80) vgl. BAUR, RabelsZschr 1968, 158 ff. (161); vgl. auch die Ausführungen am Ende dieses Abschnitts

81) vgl. KLINGMÜLLER, Einleitung zum Karlsruher Forum 1966, 1

82) vgl. besonders die unten § 6 erörterte Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität im Arzthaftungsrecht

83) vgl. insbes. KOLLHOSSER, Diss., 15 und AcP 165, 46 ff. (55)

84) vgl. KOLLHOSSER, Diss., 15, 52 ff., 93 ff.; WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 68 f.; vgl. andererseits auch SCHREIBER, Beweiswert, 13; BLOMEYER, Gutachten, 15 f.; wie hier dagegen HAINMÜLLER, aaO, 25

85) vgl. SELB, KF 66, 42

scheinlichkeitsgrad für den Beweis jedes haftungsbegründenden (und -ausfüllenden) Tatbestandsmerkmals für ausreichend, so hätte dies im Ergebnis wegen des engen Zusammenhangs von materiellem Recht und Rechtsverwirklichung eine "Ausuferung" der Anspruchsgrundlagen zur Folge [86]. Darin liegt die Fragwürdigkeit des (verallgemeinernden) Satzes, "besser dem recht zu geben, der wahrscheinlich recht hat, als dem, der wahrscheinlich unrecht hat" [87], in bezug auf das materielle Recht.

Die richtige Lösung dürfte darin bestehen, aus den zuvor genannten prozeß- und materiell-rechtlichen Gründen am Erfordernis richterlicher Überzeugung im hergebrachten Sinn als Wahrheitskriterium festzuhalten. Im Rahmen der Überzeugungsbildung sollte aber Wahrscheinlichkeitserwägungen erhöhte Beachtung geschenkt werden. Diese Erwägungen liegen, so gesehen, im "Vorfeld" der richterlichen Überzeugungsbildung [88] und sind in diesem Zusammenhang wichtigstes prozessuales Hilfsmittel [89]. Auch die Rechtsprechung beurteilt teilweise das Verhältnis von "Überzeugung" und "Wahrscheinlichkeit" ausdrücklich in dieser Weise [90].

b. Beweisschwierigkeiten bestehen auf bestimmten Sachgebieten - beispielsweise gerade im Arzthaftungsrecht - in besonders starkem Maß. Dem allgemeinen, nicht auf bestimmte Fallgruppen beschränkten Satz "Wahrscheinlichkeit statt Überzeugung" ist, wie ausgeführt, nicht beizupflichten. Es wäre aber erwägenswert, wenigstens im Rahmen beweismäßig besonders "kritischer" Rechtsbeziehungen und hinsichtlich bestimmter, regelmäßig schwer nachweisbarer Anspruchsvoraussetzungen ein "Weniger" an Überzeugung, ein vermindertes "Beweismaß" [91], im praktischen Ergebnis also einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad genügen zu lassen.

Die Rechtsprechung bietet hierfür Beispiele. So hat sie etwa in sozialrechtlichen Rentenprozessen im Hinblick auf den Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Unfall und Erwerbsunfähigkeit nur abgeschwächte Beweisanforderungen

---

86) SCHREIBER, aaO 13; vgl. auch KLUG, Festschr. f. Ph. Möhring, 363 ff. (376)

87) KEGEL, Festg. f. Kronstein, 343

88) BAUR, RabelsZschr 1968, 161

89) BAUR, aaO; WEITNAUER, KF 1966, 11

90) vgl. z.B. RGZ 95, 249(250); 98, 58(60); BGH NJW 66, 1263 (1265)

91) zu diesem Begriff vgl. insbesondere DÖHRING, Erforschung des Sachverhalts, 445 ff. (insbes. 451; Fußn. 37, daselbst auch Hinweis auf die anglo-amerikanische Doktrin vom "quantum of proof"); vgl. auch BAUR, aaO, 158

gestellt [92]. Der Zweck der betr. Sozialgesetze würde nämlich oft durch Beweisschwierigkeiten vereitelt, würde hier stets die "normale Beweismenge" [93] verlangt [94]. Auch in Zivilurteilen finden sich nicht selten Wendungen wie "... an den Beweis sind keine hohen Anforderungen zu stellen" [95] - letztlich allgemeiner Ausdruck einer Beeinflussung des "Beweismaßes" durch das materielle Recht [96]. Es wird auch - weitergehend - die Ansicht vertreten [97], es sei eine nach dem Zweck jeder Norm zu beurteilende Frage, ob die betr. Bestimmung ("analog") auch dann anwendbar ist, wenn ihre tatbestandlichen Voraussetzungen nur mit einem geringeren, § 286 I ZPO nicht genügenden Sicherheitsgrad bewiesen sind; ein "Rechtsfaktum", das im allgemeinen schwer beweisbar ist, werde praktisch bedeutungslos, verlangte man einen "starken" Beweis [98].

Wie Probleme dieser Art allgemein zu beurteilen sind, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht entschieden werden [99]. Im Bereich ärztlicher Haftungsprozesse jedenfalls dürfte eine - mit den für derartige Prozesse signifikanten Beweisschwierigkeiten begründete - Reduzierung des für den Nachweis der anspruchsbegründenden Behauptungen erforderlichen "Beweisquantums" nicht zu befürworten sein. Der gegen den auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Arzt - oft mit recht moralisierender Tendenz - erhobene Vorwurf wiegt schwer [100]; Zivil- und Strafprozeß sind in ihren Auswirkungen insoweit - trotz Haftpflichtversicherung des Arztes - häufig durchaus vergleichbar [101]. Im Strafverfahren aber wird auch etwa in Kausalitätsfragen [102] ein höchstmöglicher Sicherheitsgrad des Beweises verlangt.

---

92) vgl. KLINGMÜLLER, in "Rechtsschutz im Sozialrecht", 1965, 127 ff. (142 ff.) m. w. N.; DÖHRING, Erforschung des Sachverhalts, 457

93) DÖHRING, aaO

94) vgl. auch LEONHARDT, Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1955, 261 ff.; WATERMANN, SGb 57, 230 ff.; Fortbildungskurs für sozialmedizinische Begutachtungskunde, SGb 67, 42 ff. (47 f.)

95) vgl. z. B. BGH, VersR 65, 797

96) vgl. KLAUSER, JZ 68, 170

97) EKELÖF, ZZP 75, 297

98) EKELÖF, aaO

99) dazu i. e. DÖHRING, aaO, 445 ff. (bes. 455 ff.)

100) vgl. oben Einleitung I

101) hierzu ("schwerwiegende Zivilklagen") DÖHRING, aaO, 452

102) vgl. statt aller Eb. SCHMIDT, Lehrkommentar zur StPO, Teil I, 1964, Rdnrn. 373 ff. (374)

Bereits diese Gesichtspunkte [103] sollten vor einer den beklagten Arzt benachteiligenden, die Interessen des klagenden Patienten bevorzugenden Verringerung des "Beweismaßes" im Hinblick auf den Nachweis der tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen im Arzthaftungsrecht warnen. Schließlich werden auch kaum feste Anhaltspunkte dafür auffindbar sein, wie weit eine solche Verminderung des Sicherheitsgrades der Tatsachenfeststellung im Einzelfall gehen dürfte.

Auch im Arzthaftungsprozeß ist sonach, soll die Klage Erfolg haben, grundsätzlich "volle" Überzeugung des Gerichts von der Richtigkeit der klagebegründenden Behauptungen erforderlich. Die eingangs erwähnten, auf bestimmte Fallgestaltungen zugeschnittenen spezielleren Formen der Beweiserleichterung können dem Kläger möglicherweise aber helfen, den für Arzthaftungsfälle typischen und dort besonders stark ausgeprägten "Beweisnotstand" zu überwinden. Diese Arten der Beweiserleichterung sind nun im einzelnen zu erörtern.

§ 2
§ 287 ZPO

§ 287 ZPO [1] erleichtert dem Geschädigten den Schadensnachweis. Im Arzthaftungsprozeß gewährt diese Bestimmung dem klagenden Patienten Beweiserleichterung im Hinblick auf die Schadenshöhe, möglicherweise auch hinsichtlich bestimmter Fragen der Kausalität zwischen ärztlichem Fehler und eingetretenem Schaden. Beim Beweis der das Urteil der Fahrlässigkeit begründenden Umstände hilft § 287 ZPO nicht. Die beweiserleichternde Funktion von § 287 ZPO liegt im Bereich der Beweiswürdigung; die Verteilung der Beweislast bleibt unberührt. § 287 ZPO wird gerade in Arzthaftungsfällen sehr häufig angewandt.

I. Zweck und Funktion der Vorschrift im einzelnen

In vielen Schadensfällen ist nicht mit der nach § 286 ZPO erforderlichen Sicherheit feststellbar, ob überhaupt und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist. Derartige Beweisschwierigkeiten sollen denjenigen Beklagten, der erwiesenermaßen den haftungsbegründenden Tatbestand mit ersatzpflichtbegründender Wir-

---

103) vgl. noch DÖHRING, Erforschung des Sachverhalts, 452; Eb. SCHMIDT, aaO sowie Teil II (1957), Rdnr. 12 zu § 261 StPO

1) vgl. zusammenfassend den Überblick bei KLAUSER, JZ 1968, 167 ff.

kung erfüllt hat, nicht entlasten. § 287 ZPO erlaubt dem Gericht deshalb im Bereich der Schadensfragen ein "erleichtertes Verfahren zur Gewinnung möglicher Erkenntnisse" [2].

In § 287 I 1 ZPO ist zwar ebenso wie in § 286 I 1 ZPO von "freier Überzeugung" des Gerichts die Rede. Es besteht aber Einigkeit darüber, daß § 287 ZPO allgemein die Freiheit richterlicher Beweiswürdigung im Vergleich zu § 286 ZPO erweitert und sich hinsichtlich seiner beweiserleichternden Funktion nicht in den in § 287 I 2, 3 ZPO ausdrücklich aufgezählten Verfahrenserleichterungen und -vereinfachungen erschöpft [3]. Zwar darf das Gericht auch im Rahmen von § 287 ZPO nicht auf Angabe der zugrunde gelegten (in der Regel nach § 286 ZPO "voll" zu beweisenden [4]) Tatsachen verzichten [5]; auch sind die etwa verwendeten Erfahrungssätze darzulegen und ist das angewandte Zurechnungsprinzip genau zu bezeichnen [6]. Der Richter braucht aber, soweit § 287 ZPO eingreift, nicht mit dem bei § 286 ZPO notwendigen Gewißheitsgrad [7] davon überzeugt zu sein, daß die von ihm zur Schadensfrage getroffene "Schätzung" der (im einzelnen hier besonders häufig nicht zu ergründenden) Wirklichkeit entspricht [8].

Man kann diese dem Richter durch § 287 ZPO gewährte größere Freiheit auf verschiedene Weise kennzeichnen. § 287 ZPO läßt sich dahingehend auffassen, das Gericht dürfe sich hier mit "erheblicher Wahrscheinlichkeit" [9] oder "überwiegender Wahrscheinlichkeit" [10] begnügen; teilweise wird auch ein-

---

2) HAINMÜLLER, aaO, 146; vgl. auch BGH, NJW 51, 405; VersR 68, 1065 f.; BAG, NJW 63, 925 f.; PRÖLSS, aaO, 47 ff.; BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, 1963, 366 f.

3) vgl. statt aller RGZ 155, 37 (38); BGH, NJW 51, 405; VersR 67, 1095; STEIN-JONAS, Anm. III 2 zu § 287 ZPO; BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, 366 f.; PRÖLSS, aaO, 47 ff.

4) vgl. BGH, VersR 60, 369 (370); 64, 258 (259); HAINMÜLLER, aaO, 146; PRÖLSS, aaO, 48; vgl. i. ü. unten II 1 mit Fußnoten 34 - 41

5) vgl. noch BGHZ 6, 63; 39, 219; BAG, NJW 63, 925; STEIN-JONAS, aaO; ESSER, 3. A., I, 307

6) ESSER, aaO

7) dazu oben § 1 II 1

8) z. T. and. Ans. NIEDERLÄNDER, JZ 59, 775; vgl. auch LARENZ, NJW 53, 686

9) so z. B. BGH, VersR 63, 67 (69); BAG, NJW 63, 925; auch RGZ 155, 38; BAUMBACH-LAUTERBACH, Anm. 1 A zu § 287; WEITNAUER, KF 66, 17; LEMHÖFER, JuS 66, 341

10) BGH, VersR 60, 656

fach von "Wahrscheinlichkeiten gemäß § 287 ZPO" [11] gesprochen. Eine nach § 287 ZPO getroffene Feststellung kommt danach dem oben [12] erörterten "Wahrscheinlichkeitsbeweis" nahe [13]; der zu verlangende Wahrscheinlichkeitsgrad wird dabei wohl nicht einheitlich für alle Fallgestaltungen festgelegt werden können [14]. Man kann aber in einer "Schätzung" nach § 287 ZPO auch einen über die reine Tatsachenfeststellung hinausgehenden "rechtsgestaltenden Willensakt" [15], die "Betätigung eines Rechtsfolgeermessens auf einiger Tatsachenbasis" [16] sehen. "Freie Überzeugung" bedeutete danach bei § 287 ZPO "freies Ermessen" [17]. Für letztere Ansicht könnte bereits die Entstehungsgeschichte der Vorschrift sprechen [18].

Welcher Auffassung man auch den Vorzug gibt [19] - entscheidend für die weiteren Erörterungen ist, daß im Anwendungsfeld von § 287 ZPO nach überwiegender Ansicht ein den Anforderungen eines "Vollbeweises" (§ 286 ZPO) genügender Sicherheitsgrad der Tatsachenfeststellung [20] nicht erforderlich ist. Dementsprechend hat die Rechtsprechung im Hinblick auf das mit Hilfe von § 287 ZPO gewonnene Ergebnis auch stets keine Angabe der einzelnen maßgebenden Begründungsmomente, keine "Einzelbegründung", verlangt [21].

Die durch § 287 ZPO gewährte Beweiserleichterung stellt somit einen wichtigen "Rechtsbehelf im Kampf gegen das non liquet" [22] dar. Zu einem "non liquet" kommt es im Anwendungsbereich von § 287 ZPO nur dann, wenn überhaupt "greifbare Anhaltspunkte", "greifbare Unterlagen" für die Schätzung fehlen,

---

11) RG, JW 1935, 3540

12) § 1 II 3 a

13) vgl. WEITNAUER, KF 66, 17 ff.; KLAUSER, JZ 68, 170

14) vgl. im einzelnen KLAUSER, JZ 68, 170

15) PRÖLSS, aaO, 49

16) HAINMÜLLER, aaO, 146

17) vgl. RGZ 79, 55(61); 168, 47(48); BGH, NJW 51, 405; VersR 58, 547(548); STEIN-JONAS, Anm. III 2 zu § 287; BGH, VersR 64, 258(259) spricht ausdrücklich von der "Festlegung" der Schadenshöhe durch "Schätzung". - Zu Grenzen und Revisibilität dieses "Ermessens" vgl. z. B. BGH, NJW 51, 405; VersR 60, 401 (402); 61, 610 (611); 64, 381 (383)

18) vgl. PRÖLSS, aaO, 49 f.

19) ausführliche Erörterung bei PRÖLSS, aaO, 48 ff.

20) zu dem nach § 287 ZPO erforderlichen "Beweismaß" vgl. KLAUSER, JZ 68, 170

21) vgl. statt aller RGZ 155, 39; BGHZ 3, 175; 39, 219; STEIN-JONAS, Anm. III 2 zu § 287

22) vgl. WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 68

das richterliche "Ermessen" also "in der Luft schweben" würde [23]. Dann allerdings bestimmen auch hier die Beweislastregeln den Urteilsinhalt. Die in Rechtsprechung und Literatur häufig gebrauchte Wendung, bei § 287 ZPO sei "ohne Rücksicht auf die Beweislast" zu entscheiden [24], ist daher zumindest mißverständlich [25].

§ 287 ZPO hebt sich somit deutlich gegen die allgemeine Bestimmung des § 286 ZPO ab. Beweisschwierigkeiten, die im Rahmen von § 286 ZPO nicht überwunden werden können, lassen sich möglicherweise (von anderweitigen Formen der Beweiserleichterung abgesehen) mit § 287 ZPO meistern [26]. Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche beider Vorschriften ist deshalb gerade auf Sachgebieten besonders wichtig, für die Beweisschwierigkeiten typisch sind. Im Rahmen der oft durch einen besonders ausgeprägten "Beweisnotstand" gekennzeichneten Arzthaftungsfälle wird daher nachstehend der Versuch dieser Abgrenzung unternommen. Dabei werden sich ausführlichere Erörterungen allgemeiner Art als notwendig erweisen.

II. Der Anwendungsbereich von § 287 ZPO, besonders im Arzthaftungsprozeß

1. Schadenshöhe

Hierauf bezieht § 287 ZPO sich bereits nach seinem Wortlaut. Das Gericht darf also eine Schadensersatzklage nicht deshalb abweisen, weil der Kläger außerstande ist, seinen Ersatzanspruch der Höhe nach genau zu substantiieren [27]. Eine Abweisung der Klage wegen mangelnder Darlegung von Entstehung und

---

23) so und ähnlich die in der Rspr. stets gebrauchten Formulierungen; vgl. z. B. RGZ 155, 39; BGH, NJW 51, 405; VersR 57, 665; 59, 636; 64, 258; BAG, NJW 63, 925; vgl. auch STEIN-JONAS, Anm. III 1 zu § 287; WEITNAUER, KF 66, 18

24) so z. B. RGZ 155, 259; BGH, VersR 57, 665; 66, 162; THOMAS-PUTZO, Anm. 3 b; WIECZOREK, Anm. D II a, jeweils zu § 287 ZPO; ROSENBERG, Zivilprozeßrecht, 544; nicht eindeutig HAINMÜLLER, aaO, 146

25) so zutr. KLAUSER, JZ 68, 169; STEIN-JONAS, aaO; WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 71 Fußn. 167; vgl. auch BAUR, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, 1935, 84/85

26) besonders exemplarisch hierfür BGH, VersR 63, 67 ("Resorcin"-Fall); hierzu auch ESSER, in "Freiheit und Bindung", 11

27) vgl. STEIN-JONAS, Anm. III 1 zu § 287; KLAUSER, JZ 68, 169; PRÖLSS, aaO, 48 f., 58 f.; vgl. auch BGHZ 4, 138; BGH, NJW 67, 1420; 68, 985

Höhe des Schadens (vgl. § 287 I 1 ZPO) kommt nicht in Frage, wenn eine "Schätzung" gemäß § 287 ZPO möglich ist [28].

So kann beispielsweise die (im einzelnen oft sehr schwer zu ermittelnde) Höhe des Verdienstausfalls, den der durch einen fahrlässigen ärztlichen "Kunstfehler" geschädigte Patient erlitten hat [29], nach § 287 ZPO geschätzt werden. An diesem Beispiel zeigen sich auch die Berührungspunkte zwischen § 287 ZPO und § 252 BGB [30]. § 287 ZPO gilt jedoch für jeden Schaden, auch für "damnum emergens", und gestattet eine Schätzung auf Grund von Wahrscheinlichkeitserwägungen, während die (auf "lucrum cessans" beschränkte) Vorschrift des § 252 BGB eine (widerlegliche, vgl. § 292 I 1 ZPO) Vermutung dafür begründet, daß der wahrscheinliche Gewinn auch tatsächlich gemacht worden wäre [31].

Beträchtliche Beweisschwierigkeiten können auch im Hinblick auf die Höhe der gerade in Arzthaftungsprozessen sehr häufig festzusetzenden Geldrente gemäß §§ 843 ff. BGB entstehen. Hier verweist teilweise bereits das materielle Recht ausdrücklich auf Wahrscheinlichkeitserwägungen (vgl. § 844 II BGB: "mutmaßliche Lebensdauer"). Allgemein kann die für die Bemessung der Rente maßgebliche Schadenshöhe nach § 287 ZPO geschätzt werden [32]. Das gleiche gilt für die Feststellung des immateriellen Schadens (§ 847 BGB); auch dessen Höhe kann nach § 287 ZPO ermittelt werden [33].

Im Rahmen derartiger Schadensberechnungsfragen ist wichtig und entscheidend, ob die dem Gericht durch § 287 ZPO gewährte Schätzungsbefugnis sich nur auf den Schaden als solchen, die endgültige Schadenshöhe, bezieht oder auch auf die der Schätzung zugrunde liegenden tatsächlichen Einzelumstände. Diese Frage wird bisher sehr uneinheitlich beantwortet [34]. Die Berechtigung zur Schätzung wird aber jedenfalls auf solche tatsächlichen Umstände zu erstrecken sein, die in der vom Kläger vorgelegten Schadensrechnung bloße Einzelposten darstellen, bei denen es also nur um Einzelheiten der Schadenshöhe geht, nicht etwa um ein "Entweder-Oder" des Schadens überhaupt [35]. § 287 ZPO, dessen

---

28) vgl. STEIN-JONAS, aaO

29) Beispielsfall: BGH, VersR 67, 1185

30) hierzu eingehend BGHZ 29, 393(398 f.); WEITNAUER, KF 66, 17/18

31) BGH, aaO; WEITNAUER, aaO; ESSER, 3. A., I, 278/279

32) vgl. RGZ 90, 226; BGH, JZ 51, 113; STEIN-JONAS, Anm. I 2 d zu § 287 ZPO; PRÖLSS, aaO, 61; WEITNAUER, KF 66, 12

33) vgl. RGZ 76, 175; STEIN-JONAS, aaO; PRÖLSS, aaO, 59; ESSER, 2. A., 924

34) vgl. KLAUSER, JZ 68, 168; PRÖLSS, aaO, 60/61 (jeweils m. w. N.)

35) PRÖLSS, aaO, 61

Hauptbedeutung in seiner "Vereinfachungstendenz" liegt [36], würde sonst stark entwertet; denn oft wird zwischen der Schadenshöhe als solcher und den mannigfachen Einzelumständen, aus denen diese sich ergibt, kaum unterschieden werden können [37]. Beispielsweise können demnach das (in concreto für die Schadenshöhe wichtige) Datum des Schadenseintritts [38], der "mutmaßliche" Todeszeitpunkt (vgl. § 844 II BGB) [39] oder etwa auch die genaue Anzahl abhanden gekommener Gegenstände [40] nach § 287 ZPO festgestellt werden [41].

In Arzthaftungsfällen besteht oft hinsichtlich der Form der Entschädigungsleistung eine Wahlmöglichkeit zwischen Geldrente und Kapitalzahlung. So kann "billige Entschädigung in Geld" (§ 847 I BGB) in Gestalt einer einmaligen Zahlung oder in Rentenform zugebilligt werden [42]; im Rahmen der §§ 843 ff. BGB darf der Geschädigte bei Vorliegen eines "wichtigen Grundes" anstelle einer Rente Kapitalabfindung verlangen (vgl. § 843 III BGB). Im ersten Fall (§ 847 BGB) hat das Gericht seine Wahl danach zu treffen, welcher Modus der Entschädigungsleistung in concreto den Zwecken des "Schmerzensgeldes" [43] besser gerecht wird [44]. Dies aber ist eine Rechtsfrage, die mit etwaigen tatsächlichen Unbestimmtheiten der Höhe des immateriellen Schadens nichts gemein hat; diese Frage entzieht sich daher der Beurteilung nach § 287 ZPO [45]. Das gleiche gilt für die Entscheidung zwischen Kapital- und Rentenzahlung in den übrigen Entschädigungsfällen (§§ 843 ff. BGB) [46]; ob ein "wichtiger Grund" im Sinne des § 843 III BGB vorliegt, ist letztlich ebenfalls eine im Bereich rechtlicher Erwägungen liegende Frage.

---

36) KLAUSER, aaO
37) so zutreffend KLAUSER, aaO; and. Ans. SCHNEIDER, MDR 65, 882
38) RGZ 31, 81 (88 f.)
39) RGZ 83, 65; BGH, JZ 51, 113 (114)
40) BGH, VersR 64, 258
41) vgl. noch (z. T. widersprüchlich) BGH, VersR 60, 369 (370); 61, 183; 62, 1099; vgl. auch BGH, NJW 68, 985
42) vgl. ESSER, 3. A., II, 466 (ausführlicher 2. A., 923)
43) dazu ("Ausgleichs-/Genugtuungsfunktion") vgl. statt aller BGHZ (GrS) 18, 149; ESSER, 3. A., II, 465
44) vgl. BGH, NJW 57, 383; ESSER, 2. A., 923; 3. A., II, 466
45) so zutreffend STEIN-JONAS, Anm. I 2 d zu § 287; ESSER, 3. A., II, 466; DONALDSON, AcP 166 (1966), 462 ff. (464 ff.); and. Ans. BGH, NJW 57, 383
46) vgl. RGZ 45, 207; STEIN-JONAS, aaO

2. Kausalzusammenhang

Im Hinblick auf diese Haftungsvoraussetzung bestehen, wie ausgeführt [47], im Arzthaftungsprozeß oft besonders große Beweisschwierigkeiten. Die Rechtsprechung [48] hilft hier dem auf Schadensersatz klagenden Patienten häufig mit § 287 ZPO. Die dabei von ihr vorgenommene Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 286 und § 287 ZPO ist allerdings, wie sich im einzelnen noch zeigen wird, zuweilen recht fragwürdig.

a. § 287 ZPO will Beweisschwierigkeiten mindern, die in Schadensfragen bei "dem Grunde nach" feststehender Haftung auftreten. Voraussetzung der Anwendung von § 287 ZPO ist daher nach allgemeiner Ansicht, daß das Verhalten des auf Schadensersatz in Anspruch Genommenen den Ersatzbegehrenden "betroffen" hat [49], und zwar erwiesenermaßen (§ 286 ZPO!). Die haftungsbegründende Kausalität, die Ursächlichkeit im Rahmen des sog. "konkreten Haftungsgrundes" [50], ist also gemäß § 286 ZPO "voll" zu beweisen [51].

Anders bei der haftungsausfüllenden Kausalität. Hier geht es um die Frage, ob ein bestimmtes "Betroffensein" im zuvor erläuterten Sinn zu einem bestimmten Schaden geführt hat [52]. Diese Frage ist nach überwiegender Ansicht beweisrechtlich gemäß § 287 ZPO zu beurteilen [53].

---

47) vgl. oben § 1 II 2

48) vgl. (vorläufig) BGH, VersR 63, 67 (69); 68, 989

49) vgl. (grundlegend) BGHZ 4, 192 (196 f.)

50) BGH, aaO

51) vgl. (allgemein) RGZ 45, 356(357); RG, JW 37, 2226; BGHZ 4, 196 f.; BGH, VersR 68, 845, 1065; (speziell Arzthaftungsfälle) BGH, VersR 52, 430; 59, 636(637); 63, 67(69); NJW 68, 2291(2293) m. Anm. HANAU; vgl. i. ü. ENNECCERUS-Lehmann, 64; ESSER, 3. A., I, 308; ERMAN-SIRP, Anm. 12a zu § 249 BGB; STEIN-JONAS, Anm. I 2c zu § 287 ZPO; WIECZOREK, Anm. E I a 3 zu § 286 ZPO; BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, 366

52) vgl. PRÖLSS, aaO, 54

53) vgl. (allgemein) RGZ 6, 356(357); 119, 204(206); 158, 34(37); BGH, NJW 51, 405; VersR 57, 446; NJW 68, 985; ENNECCERUS-LEHMANN, 64; LARENZ I, 173; RGRK (HAAGER), Vorbem. 100 vor § 823 BGB; ZÖLLER, Anm. I 3 zu § 287; LENT-JAUERNIG, 147; ROSENBERG, Beweislast, 71; (für Arzthaftungsfälle) BGH, VersR 52, 430; 58, 849; 63, 67 (69); 65, 91 (92); 68, 989; UHLENBRUCK, NJW 65, 1061 ff.; KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 618; GOLDHAHN-HARTMANN, 213; KÖNIG-KÖSTLIN, 92; BREMER, Haftpflicht des Arztes, Diss., 23

Zwei Beispiele aus dem Arzthaftungsrecht mögen die Tragweite, aber auch die Fragwürdigkeit dieser Unterscheidung veranschaulichen. Im einen Fall [54] war strittig, ob eindeutig fehlerhaftes ärztliches Verhalten nach einer (ansonsten korrekt durchgeführten) Blinddarmoperation den Tod des Patienten verursacht hatte. Nach Auffassung des BGH handelt es sich hier um ein Beweisproblem im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität - also § 286 ZPO. In der anderen Entscheidung [55] ging der Streit um die Frage, ob eine nicht indizierte Behandlungsmethode, die (unstreitig) beim Patienten einen Allergieanfall zur Folge gehabt hatte, die Ursache kurze Zeit später festgestellter Blut- und Knochenmarkserkrankungen gewesen war, an denen der Patient nach einigen Jahren verstorben war. Der BGH sah in dem Allergieanfall den "konkreten Haftungsgrund" und wertete den Ursächlichkeitszusammenhang zwischen Allergie und Bluterkrankung als haftungsausfüllend - daher § 287 ZPO.

b. In neuerer Zeit ist die zuvor in ihren Grundzügen dargestellte Auffassung zu § 287 ZPO von J. PRÖLSS [56] in Zweifel gezogen worden. PRÖLSS will den Anwendungsbereich von § 287 ZPO auf Fragen der Schadenshöhe beschränken; nach seiner Ansicht ist also auch die haftungsausfüllende Kausalität gemäß § 286 ZPO zu beweisen [57]. § 287 ZPO sei lediglich ein prozessuales Hilfsmittel zur Behebung von Beweisschwierigkeiten, die in der quantitativen Unbestimmtheit des Schadens, für den Ersatz begehrt wird, ihre Ursache haben. Nur in diesem Bereich habe der Richter einen die Anwendung von § 287 ZPO rechtfertigenden "Spielraum", nicht aber in Fragen des Kausalzusammenhangs, in denen es nur ein "Entweder-Oder" gebe. Außerdem dürften die vom materiellen Recht her an den Kausalzusammenhang zu stellenden Anforderungen nicht über § 287 ZPO abgeschwächt werden [58]. Schließlich sei ein Ursächlichkeitsverhältnis, das nachträglich, im Prozeß, nicht mehr mit dem von § 286 ZPO geforderten Sicherheitsgrad festgestellt werden kann, "von vornherein" inadäquat.

Ansatzpunkte zur Kritik an der herrschenden Meinung sind insoweit vorhanden. So spricht sicherlich der Wortlaut von § 287 ZPO nicht eindeutig für die Einbe-

---

54) BGH, NJW 68, 2291

55) BGH, VersR 63, 67 ("Resorcin"-Fall)

56) aaO, 55 ff.

57) vgl. auch bereits WACH, Kr. Vj. Schr. 15 (1873), 343 ff. (345); vgl. noch LARENZ, NJW 53, 686; WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 71

58) vgl. dazu auch LARENZ, aaO

ziehung des (haftungsausfüllenden) Kausalzusammenhangs [59]. Auch verzichten Rechtsprechung und überwiegender Teil der Literatur seit langem auf jede Begründung dafür, weshalb § 287 ZPO sich auch auf Ursächlichkeitsfragen bezieht [60] - ein weiterer Grund, an der Richtigkeit dieser Ansicht zu zweifeln. Schließlich könnte in diesem Zusammenhang auch noch die vergleichbare Regelung des österreichischen Rechts von Interesse sein. Dort darf das Gericht Fragen der Kausalität beweisrechtlich nicht so großzügig wie der der herrschenden Ansicht zu § 287 ZPO folgende deutsche Richter behandeln. Gemäß § 273 öZPO ist vielmehr auch der haftungsausfüllende Ursächlichkeitszusammenhang "voll" zu beweisen [61] (wobei allerdings, wie erwähnt [62], die österreichischen Gerichte sich wohl in größerem Maß auf Wahrscheinlichkeitserwägungen stützen, so daß sich auf diese Weise die Standpunkte wieder annähern).

Trotz solcher Einwände ist an der Auffassung festzuhalten, nach der die haftungsausfüllende Kausalität gemäß § 287 ZPO festgestellt werden kann.

Der Wortlaut von § 287 ZPO ("... ob ein Schaden entstanden sei ...") ist zwar insoweit nicht eindeutig; er spricht aber jedenfalls nicht ausdrücklich gegen die herrschende Meinung, sondern gestattet beide Auslegungsmöglichkeiten [63]. Nach der Entstehungsgeschichte von § 287 ZPO sollte diese Vorschrift sich auch auf Fragen des "Kausalnexus" erstrecken [64]. Letztlich entscheidend ist jedoch der Zweck dieser Bestimmung. Ihre "ratio" - Beweiserleichterung und damit zugleich Verfahrensvereinfachung im Bereich der Schadensfragen - trifft auf die Schadenshöhe wie auf den haftungsausfüllenden Kausalzusammenhang zu; denn Beweisschwierigkeiten bestehen im Hinblick auf beide Punkte oft in gleichem Maße [65]. Zudem sind Beweisprobleme bei Schadenshöhe und Schadensverursachung oft praktisch untrennbar miteinander verbunden [66]. Vor allem bei komplizierteren Schadensfällen wird die Schadenshöhe vielfach nur mit Hilfe

---

59) Begründung auf Grund des Wortlauts aber in BGH, NJW 51, 405; VersR 66, 163; unentschieden insoweit KLAUSER, JZ 68, 168; wie hier STEIN-JONAS, Anm. I 2 c zu § 287; STAUDINGER-WERNER, Rdnr. 72 vor § 249 BGB; WASSERMEYER, aaO, 71

60) vgl. die Zitate Fußn. 53

61) § 273 öZPO: "Wenn feststeht, daß einer Partei der Ersatz eines Schadens ... gebührt ...". Vgl. dazu PIEGLER, KF 59, 57 m. w. N.

62) oben § 1 II 3 a

63) vgl. die Zitate oben Fußnote 59

64) vgl. HAHN, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Bd., 277; vgl. noch RGZ 6, 356 (357); 19, 432 (436)

65) vgl. STEIN-JONAS, Anm. I 2 c zu § 287; KLAUSER, JZ 68, 167; HAIN-MÜLLER, aaO, 147

66) so insbesondere HAINMÜLLER, aaO

einer vom haftungsauslösenden Ereignis her folgernden Betrachtung zu bestimmen sein - "Testfrage": "Welche Folgen hat dieses Ereignis für den Betroffenen gehabt?". Diese Frage aber ist mit der nach der Schadenshöhe praktisch gleichbedeutend. Auch die interessenjuristische Wertung schließlich, die § 287 ZPO zugrunde liegt (die mögliche Zurücksetzung der Interessen desjenigen, dessen Schadensersatzpflicht "dem Grunde nach" feststeht, wird in Kauf genommen), dürfte für die die haftungsausfüllende Kausalität einbeziehende Auslegung dieser Bestimmung sprechen [67].

Die für die gegenteilige Ansicht [68] angeführten Gründe erscheinen demgegenüber nicht stichhaltig. Es wird dabei offenbar außer acht gelassen, daß nach § 287 I 1 1. Alt. ZPO auch "geschätzt" werden kann, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist. Wird diese Frage im Einzelfall verneint, ist die Schadensersatzklage unzweifelhaft unbegründet. Auch bereits im sich aus dem Gesetzeswortlaut ergebenden Anwendungsgebiet von § 287 ZPO (Schadenshöhe) kann es somit durchaus um ein "Entweder-Oder" gehen [69]. Dies verdeutlicht zudem, daß selbst im unbestreitbaren Geltungsbereich von § 287 ZPO eine Voraussetzung der Schadensersatzpflicht "geschätzt" werden kann; denn ein Schaden ist im Haftpflichtrecht stets in gleicher Weise Anspruchsvoraussetzung wie die (haftungsausfüllende) Kausalität. § 287 ZPO gestattet dem Gericht, so gesehen, ausdrücklich, eine Anspruchsvoraussetzung auch dann als gegeben zugrunde zu legen, wenn diese nicht zu seiner "vollen" Überzeugung (§ 286 ZPO) feststeht.

Vor allem im Hinblick auf den engen Zusammenhang zwischen materiellem Recht und Rechtsverwirklichung [70] läßt sich nun der Standpunkt vertreten, mit Festsetzung einer Anspruchsvoraussetzung statuiere das materielle Recht zugleich, daß diese im Prozeß "voll" bewiesen werden müsse; andernfalls sei eine "Ausuferung" der Anspruchsgrundlagen zu befürchten [71]. Bei solcher Betrachtungsweise ist § 287 ZPO als "ergänzende" Bestimmung anzusehen; sie "ergänzt" das materielle Schadensersatzrecht in der Form, daß im Geltungsbereich dieser Vorschrift ein Umstand (Schaden) zwar materiell-rechtlich, da Anspruchs-

---

67) vgl. HECK, Schuldrecht, 58; vgl. aber auch PRÖLSS, aaO, 56 ("Sanktionsdenken")

68) PRÖLSS, aaO, 55 ff.

69) dies scheint PRÖLSS, aaO, 56, nicht zu berücksichtigen

70) zum Zusammenhang von materiellem Recht und Rechtsverwirklichung im Rahmen eines aktuellen Problems (Produzentenhaftung) vgl. REHBINDER, JuS 69, 208 ff. (209)

71) vgl. oben § 1 II 3 1 und SCHREIBER, Theorie des Beweiswerts, 13; vgl. auch SELB, KF 66, 42 und (zur Kausalität) PRÖLSS, aaO, 57

voraussetzung, gegeben sein muß, im Prozeß aber nur wahrscheinlich (§ 287 ZPO) zu sein braucht [72]. Dann aber ist es auch im Hinblick auf das materielle Recht zulässig, das Ausmaß dieser "Ergänzung" aus dem Inhalt der "Ergänzungsnorm" (§ 287 ZPO) zu bestimmen. Historische und vor allem teleologische Norminterpretation aber verlangen, wie ausgeführt, bei § 287 ZPO die Einbeziehung der haftungsausfüllenden Kausalität. Die herrschende Meinung zu § 287 ZPO verstößt daher, entgegen der Ansicht von PRÖLSS [73], nicht gegen das materielle Recht.

Die Annahme schließlich, ein nur nach § 287 ZPO feststellbarer, "voll" (§ 286 ZPO) nicht beweisbarer Kausalzusammenhang sei - da "von vornherein" inadäquat - ohne praktisches Interesse [74], trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Die Adäquanzformel in ihrer üblicherweise angewandten Form [75] ist recht "weitmaschig". Sie schließt lediglich solche Bedingungszusammenhänge vor der Zurechnung aus, die "nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolgs geeignet" sein konnten [76]. Das "Filter" des Adäquanzerfordernisses würden oft auch solche Kausalbeziehungen passieren, deren tatsächliche Feststellung gerade dem gewissenhaften Richter im Rahmen von § 286 ZPO unmöglich erscheint. Fälle aus dem Arzthaftungsrecht bestätigen denn auch, daß selbst ein Kausalzusammenhang, der nur bei Heranziehung von § 287 ZPO feststellbar ist, durchaus adäquat sein kann [77].

c. Die haftungsbegründende Kausalität ist sonach "voll" zu beweisen, § 286 ZPO;

---

72) zum materiell-rechtlichen "Kern" von § 287 ZPO auch STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 1967, 559

73) aaO, 57

74) PRÖLSS, aaO, 58

75) vgl. statt aller SOERGEL-R. SCHMIDT, Rdnrn. 17 ff. zu §§ 249 - 253 BGB; ESSER, 3. A., I, 302 ff.

76) RGZ 133, 126 f.

77) vgl. z. B. BGH, VersR 63, 69: "... Kommt der Tatrichter (mit Hilfe von § 287 ZPO!) zu der Feststellung dieses Zusammenhangs, so ist die haftungsrechtl. Zurechnung i. S. des Erfordernisses der Adäquanz ... zu bejahen." - Vgl. auch WEITNAUER, KF 66, 10: "... oft sehr viel schwerer zu beurteilen, ob ... Verhältnis von Ursache u. Folge überhaupt besteht, als zu beurteilen, ob dieser Zusammenhang, wenn er besteht, ein adäquater ..."
(Einschiebung und Hervorhebungen vom Verf.)

die haftungsausfüllende Kausalbeziehung dagegen kann nach § 287 ZPO "geschätzt" werden. Gerade die Rechtsprechung zur Arzthaftung aber läßt insoweit eine klare Abgrenzung der Anwendungsbereiche der beiden Vorschriften oft vermissen.

aa. Das Reichsgericht hat in Fällen dieser Art im Rahmen des Ursächlichkeitsbeweises unterschiedslos stets § 287 ZPO angewandt [78]. Eine Begründung hierfür, die mehr enthält als die für das RG nahezu axiomatische Formel "§ 287 ZPO gilt auch für den Beweis des Kausalzusammenhangs", findet sich in den einschlägigen Entscheidungen nicht. Vor allem wird nirgends auf die Notwendigkeit eingegangen, im Hinblick auf die Anwendbarkeit von § 287 ZPO in der zuvor skizzierten Weise zwischen den beiden Erscheinungsformen der Kausalität zu unterscheiden.

Der Bundesgerichtshof hebt zwar in fast allen Urteilen, die sich mit Fragen des Kausalitätsbeweises im Arzthaftungsrecht unter Berücksichtigung von § 287 ZPO befassen, nachdrücklich auf die genannte Unterscheidung ab [79]. Die grundlegende Entscheidung BGHZ 4, 192 (196 f.) hat insofern Klarheit gebracht und wird respektiert. In manchen Entscheidungen des BGH allerdings wird § 287 ZPO undifferenziert für den Beweis der Ursächlichkeit ohne nähere Begründung allgemein angewandt [80], ebenso in Urteilen von Oberlandesgerichten [81]. Insgesamt macht ein Überblick über die einschlägige Judikatur deutlich, daß dort die Grenze zwischen § 286 und § 287 ZPO nicht immer einheitlich gezogen wird [82]. Schon bei Zugrundelegung der oben [83] nur vorläufig getroffenen Unterscheidung von haftungsbegründender und -ausfüllender Kausalität läßt sich feststellen,

---

78) RGZ 97, 4 (6) (§ 287 ZPO stillschweigend bejaht); RGZ 118, 41 (45/46); RGZ 128, 121 (123 f.); RG, JW 35, 3540 (m. Anm. KALLFELZ); RG, HRR 34 Nr. 786; RG, JW 38, 2152; DR 39, 769 (770); RG, WarnRspr 41, Nr. 14 (S. 29 ff., 32); RGZ 165, 336 = DR 41, 931 (m. Anm. KALLFELZ); RGZ 171, 168 (171, 173)

79) BGH, VersR 57, 248; 57, 339(340); BGHZ 29, 95(99) (§ 287 ZPO auch bei Aufopferung); BGH, VersR 59, 70(71/72); 59, 365(366); 59, 636 f.; 60, 254; 60, 369(370); 63, 67(69); 65, 91(92); 65, 583(584); NJW 68, 2291 (2293) (m. Anm. HANAU); VersR 68, 987 (988); 68, 989

80) BGHZ 7, 198 (203 f.) = NJW 53, 700 (m. Anm. LARENZ, 686 f.); BGH, VersR 59, 314 (316); VersR 60, 57 f.

81) KG, VersR 55, 141; OLG München, VersR 60, 568

82) so auch ENNECCERUS-LEHMANN, 64; RGRK (HAAGER), Vorbem. 100 vor § 823 BGB

83) § 1 II 1, § 2 II 2 a

daß in manchen Entscheidungen Fragen, die jedenfalls nach hergebrachter Auffassung eindeutig zur haftungsbegründenden Kausalität gehören, gemäß § 287 ZPO beurteilt werden [84]. In anderen Fällen wird zwar nicht in derart bedenklicher Weise die Grenze zwischen § 286 und § 287 ZPO verwischt; die unterschiedliche Beurteilung durchaus vergleichbarer Sachverhalte im Hinblick auf §§ 286, 287 ZPO will dort aber wiederum nicht recht einleuchten [85].

bb. Eine genauere Erklärung dafür, weshalb in diesem Zusammenhang haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität zu unterscheiden sind [86], erfordert nähere Auseinandersetzung mit dem von der Rechtsprechung häufig gebrauchten Begriff des sog. "Haftungsgrundes"; dabei werden sich Ansatzpunkte für eine präzisere Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 286 und § 287 ZPO im Kausalitätsbereich ergeben.

Zum "Haftungsgrund" [87] gehören diejenigen Fragen, die mit der Verwirklichung eines anspruchsbegründenden Tatbestands und mit deren Zurechnung im Hinblick auf ein bestimmtes Rechtssubjekt in Zusammenhang stehen [88]. Bei § 823 I BGB beispielsweise ist der Haftungsgrund verwirklicht, wenn feststeht, daß der auf Schadensersatz in Anspruch Genommene in ein durch diese Bestimmung geschütztes Recht oder Rechtsgut rechtswidrig und schuldhaft eingegriffen hat. Allgemein gesprochen entscheidet sich also im Rahmen des Haftungsgrundes, ob der Belangte zum Anspruchsteller derart in Beziehung getreten ist, daß die Rechtsordnung hieran die Rechtsfolge "Schadensersatz" knüpft. Im Hinblick auf das im betr. Haftungsfall zu beurteilende tatsächliche Geschehen umfaßt der Haftungsgrund eine "mehr oder weniger große Zahl verschiedener Entschlüsse, Handlungen und Ereignisse", die "schließlich den Schaden bewirken" [89]. So gesehen enthält der Begriff "Haftungsgrund" auch eine zusammenfassende Bezeichnung der den (objektiven und subjektiven) Tatbestand der jeweiligen Haftungsnorm ausfüllenden Sachverhaltselemente [90].

Ist das "Tatgeschehen" so weit fortgeschritten, daß die zum Haftungsgrund im

---

84) BGHZ 7, 203 f. (dazu auch BGH, NJW 68, 2293); KG, aaO; OLG München, aaO

85) vgl. z. B. BGH, VersR 57, 248 und VersR 59, 637; 68, 989; vgl. auch BGHZ 7, 198 ff. und BGH, VersR 65, 91 (dazu auch KLAUSER, JZ 68, 167)

86) vgl. oben 2 a

87) BGHZ 4, 196 f.: "konkreter Haftungsgrund"

88) WATERMANN, Kausalität und Finalität, 1968, 81

89) BGHZ 4, 196

90) vgl. insbesondere BGH, aaO

zuvor bezeichneten Sinn [91] gehörenden Merkmale gegeben sind, ist demnach ein rechtlich entscheidender Abschnitt im Geschehensablauf beendet: Der zum Schadensersatz verpflichtende, "tatbestandsmäßige" Lebensvorgang ist abgeschlossen, die Rechtsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem eindeutig fixiert [92]. Hierin liegt die Hauptbedeutung des Begriffs "Haftungsgrund" auch im Hinblick auf §§ 286, 287 ZPO. Jenseits der durch Verwirklichung des Haftungsgrundes markierten Zäsur im Verlauf der Ereignisse beginnt der "haftungsausfüllende" Geschehensteil, der Bereich, in dem es bei der nachträglichen Beurteilung um die "Erfassung und Bemessung des Schadens" geht [93]. Pointiert formuliert, sind also "Schädigung" und "Schaden" im zeitlichen Ablauf des Geschehens auseinander zu halten.

Die Abgrenzung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität folgt dieser Umgrenzung des Haftungsgrundes: Im Bereich des Haftungsgrundes liegende Ursächlichkeitsfragen gehören zur haftungsbegründenden Kausalität; zur haftungsausfüllenden dagegen zählen Probleme der ursächlichen Verknüpfung von Haftungsgrund und Schaden [94].

Damit wird auch deutlich, weshalb § 287 ZPO auf die haftungsausfüllende Kausalität beschränkt bleiben muß. § 287 ZPO gewährt im Hinblick auf den Beweis der Behauptungen, die beweismäßig nach dieser Bestimmung zu beurteilen sind, beträchtliche Freiheiten [95]. Bestandteil des Haftungsgrundes aber sind die "die Ersatzpflicht letztlich motivierenden Elemente" [96]. Aus diesem Grund darf § 287 ZPO nicht auf den Haftungsgrund (und damit auf die haftungsbegründende Kausalität) übergreifen. Andernfalls bestünde die Gefahr, daß jeder Haftpflichtfall, in dem Beweisschwierigkeiten auftreten, auch hinsichtlich grundlegender Haftungsvoraussetzungen Gegenstand einer "Schätzung" und damit letzten Endes zur reinen Billigkeitsentscheidung werden könnte [97]. Im übrigen ist ja auch die haftungsausfüllende Kausalität in § 287 ZPO nicht aus-

---

91) der manche Ähnlichkeit mit dem "Grund" der Haftung in § 304 ZPO hat, hiermit aber auf Grund der Funktionsverschiedenheiten des mat.-rechtlichen u. des prozessualen Begriffs "Haftungsgrund" nicht vollständig übereinstimmt; vgl. etwa BGH, VersR 68, 765; auch BGH, VersR 61, 619 (620); WIECZOREK, Anm. B II a 3 zu § 304; ZÖLLER, Anm. 3 g zu § 304

92) WATERMANN, aaO, 84

93) WATERMANN, aaO

94) vgl. statt aller BGHZ 4, 196 f.; BGH, NJW 68, 2293 sowie i. ü. oben 2 a

95) vgl. oben I

96) HAINMÜLLER, aaO, 99

97) so zutr. HAINMÜLLER, aaO, 148

drücklich genannt; sie wird vielmehr nur im Hinblick auf den Zweck dieser Vorschrift und wegen der praktischen Untrennbarkeit von Schadenshöhe und -verursachung in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung einbezogen [98]. Die letztgenannten Gründe aber treffen wegen der zuvor erörterten besonderen Bedeutung des Haftungsgrundes auf die haftungsbegründende Kausalität nicht zu.

cc. Die Bestimmung des Haftungsgrundes hat im Arzthaftungsrecht im Hinblick auf § 287 ZPO große praktische Bedeutung; denn Fälle aus diesem Haftungsgebiet zeigen häufig folgende Gestaltung: Im Anschluß an die fehlerhafte ärztliche Behandlung tritt beim Patienten zunächst eine bestimmte Schädigungserscheinung auf ("Ersterfolg"); später entwickeln sich noch weitere Schädigungsfolgen ("Zweiterfolg" etc.) [99]. Der bereits erwähnte [100] "Resorcin"-Fall [101] ist hierfür ein gutes Beispiel: Allergieanfall als erste Auswirkung der fehlerhaften ärztlichen Behandlung - Blut- und Knochenmarkserkrankungen, deren Ursache möglicherweise diese Allergie war - Tod als Folge der letztgenannten Erkrankungen. In diesem Fall liegt die Auslösung des Allergieanfalls ("Ersterfolg") sicherlich im Rahmen des Haftungsgrundes [102]. Zählen aber auch die später aufgetretenen - für das "Schädigungsbild" in erster Linie kennzeichnenden - Komplikationen ("Zweiterfolg" etc.) noch zum Haftungsgrund oder bereits zur "Haftungsausfüllung"?

Die Antwort auf diese Frage entscheidet nach dem Gesagten über die Anwendbarkeit von § 287 ZPO. Sie hat außerdem zugleich materiell-rechtliche Bedeutung; denn, wie allgemein anerkannt, braucht sich im Schadensersatzrecht das Verschulden des "Täters" in aller Regel nicht auf die haftungsausfüllenden Sachverhaltselemente zu beziehen [103].

Nach einhelliger Ansicht der Rechtsprechung [104] und entsprechend der über-

---

98) vgl. oben II 2 b

99) vgl. HAINMÜLLER, aaO, 139 f.

100) oben II

101) BGH, VersR 63, 67

102) über eine mögliche "Vorverlegung" des haftungsausfüllenden Bereichs vgl. unten dd

103) vgl. statt aller RGZ 66, 251 (253); BGH, VersR 58, 266; ESSER, 2. A., 268 ff. (229); STOLL, Kausalzusammenhang und Normzweck, 25 f.

104) vgl. die Zitate oben Fußn. 79; nicht ganz eindeutig insoweit allerdings BGH, VersR 68, 988

wiegenden Meinung in der Literatur [105] ist der haftungsbegründende Vorgang spätestens [106] mit Eintritt des ersten, "nächsten" Schädigungserfolgs [107], mit dem "Einbruch in die fremde Rechtssphäre" [108] abgeschlossen. Die im Anschluß hieran eintretenden weiteren Schäden sind nach dieser Ansicht "Folge"-schäden, die rein objektiv zurechenbar sind - wobei Adäquanzerfordernis und Rechtswidrigkeitszusammenhang begrenzend wirken [109] - und deren ursächliche Verknüpfung mit dem haftungsbegründenden Ereignis nach § 287 ZPO "geschätzt" werden kann.

Vor allem im Hinblick auf das für "Ersterfolge" maßgebliche Verschuldensprinzip kann allerdings in manchen Fällen die Notwendigkeit bestehen, das Gebiet objektiver Folgenzurechnung, den haftungsausfüllenden Bereich, einzuschränken. Die mit Eintritt des Ersterfolgs begründete Verantwortlichkeit darf nicht gleichsam als "Aufhänger" für alle überhaupt in Frage kommenden - durch Adäquanzerfordernis und Notwendigkeit des Rechtswidrigkeitszusammenhangs möglicherweise nicht ausgeschiedenen - Folgeschäden dienen [110]. Die hierin liegende Problematik wurde in der Literatur bereits vor längerer Zeit erkannt [111]. Erst- und Zweiterfolg können sich nämlich an verschiedenen Rechtsgütern auswirken, die u. U. auch verschiedenen Rechtssubjekten zustehen. Die "Zwischenschaltung" der nach überwiegender Meinung allein haftungsbegründenden Erstverletzung im Rahmen des Geschehensablaufs, der sich vom Verhalten des "Täters" bis zum endgültigen Schadenserfolg erstreckt, erscheint dann oft recht willkürlich [112]. Häufig hat in solchen Fällen der Ersterfolg, für sich betrachtet, auch nur geringes Gewicht (vgl. den oben genannten "Resorcin"-Fall). Allgemeines Beispiel [113]:

Der Lenker eines Pferdegespanns streift mit seinem Fuhrwerk aus Unachtsamkeit

---

105) vgl. ENNECCERUS-LEHMANN, 948 f.; LARENZ II, 404; ESSER, 2. A., 232; SOERGEL-R. SCHMIDT, Rdnrn. 14, 16 zu §§ 249 - 253 BGB; TRAEGER, Kausalbegriff, insbes. 198 ff.; RÜMELIN, AcP 90, 171 ff. (236 ff.); VENZMER, Mitverursachung, 1960, 24 ff.; J. G. WOLF, Normzweck im Deliktsrecht, 1962, 23 f.; weitgehend and. Ans. dagegen HAINMÜLLER, aaO, 140 f.

106) vgl. Fußnote 102

107) TRAEGER, aaO, 197; RÜMELIN, aaO, 200

108) RÜMELIN, aaO

109) vgl. statt aller ESSER, 3. A., I, 302 ff., 308 ff.

110) STOLL, Kausalzusammenhang und Normzweck, 29

111) vgl. MAX LUDWIG MÜLLER, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs, Tübinger Habilitationsschrift, 1914, 106 ff.

112) vgl. STOLL, aaO, 31

113) OLG Stuttgart, AcP 150, 446; dazu STOLL, aaO, 30

einen baufälligen (erste Nachkriegszeit!) Torpfeiler. Der Pfeiler stürzt um (Ersterfolg) und erschlägt einen dahinter stehenden Menschen (Zweiterfolg).

Hier muß man wohl in der Tat annehmen, daß der Haftungsgrund bis zum Zweiterfolg reicht [114]; die sonstigen, oben erwähnten Handhaben zur Haftungsbegrenzung helfen hier nicht weiter. Der Tod des Betroffenen, nicht die vorangegangene ("Ersterfolg") Eigentumsverletzung, gibt dem Schadensfall sein Gepräge, "motiviert die Ersatzpflicht" [115]. Lediglich auf Grund der Eigenarten des Geschehenshergangs war dem Eingriff in das Rechtsgut "Leben" eine Eigentumsverletzung "vorgeschaltet". Die Problematik dieses Falls verändert sich auch dann nicht entscheidend, wenn der Getötete Eigentümer des Grundstücks gewesen wäre, Erst- und Zweiterfolg also dieselbe Person betroffen hätten [116]. Beide Male könnte von einer Verschuldenshaftung kaum mehr gesprochen werden, ließe man den Fuhrwerkslenker auch dann für den Todeserfolg einstehen, wenn seine Fahrlässigkeit sich nur auf die Eigentumsverletzung bezogen hat [117], z. B. weil nicht erkennbar war, daß hinter dem Pfeiler ein Mensch stand.

Bei solcher Sachlage wird es erforderlich sein, beide Einzelerfolge zum Haftungsgrund zu rechnen [118]. Die hier in erster Linie interessierenden Arzthaftungsfälle weisen aber in aller Regel eine andersartige, für die Fälle, in denen Folgeschäden zu beurteilen sind, eher charakteristische Sachverhaltsgestaltung auf.

Fehlerhafte ärztliche Behandlung kann einen "Zweiterfolg" am selben Rechtsgut, das bereits durch den "Ersterfolg" geschädigt wurde, nach sich ziehen (Beispiel: Verwendung einer kontraindizierten Augensalbe bei einem an grünem Star Erkrankten führt zunächst zu pathologischer Erhöhung des Augeninnendrucks, später zu fast vollständigem Erlöschen des Sehvermögens) [119]. Ähnlich liegen Fälle, in denen Erst- und Zweiterfolg überhaupt kaum voneinander unterschieden werden können, der endgültige Schaden vielmehr Vertiefung, Intensivierung der mit dem Ersterfolg eingetretenen Rechtsgutsverletzung ist (Beispiel: Behandlungsfehler verursacht zunächst leichte Sehstörungen, die sich allmählich stei-

---

114) hier trifft daher die Ansicht von HAINMÜLLER, aaO, 140 f., zu; ebenso für diesen Fall STOLL, aaO

115) HAINMÜLLER, aaO, 99

116) vgl. STOLL, Kausalzusammenhang, 30 und M. L. MÜLLER, Bedeutung des Kausalzusammenhangs, 107

117) STOLL, aaO, 28, 30

118) vgl. noch HERMANN LANGE, Gutachten zum 43. DJT, 1960, 49

119) vgl. BGH, VersR 60, 254

gern); die Übergänge zwischen dieser und der an erster Stelle genannten Fallgruppe sind fließend und daher exakt kaum festzulegen. Schließlich kann ein ärztlicher "Kunstfehler" auch nacheinander in verschiedene Rechtsgüter des Patienten eingreifen (Beispiel [120]: Eine Impfung, die in dem Zeitpunkt, zu dem sie erfolgte, nicht hätte vorgenommen werden dürfen, verursacht zunächst Gesundheitsschäden, nach einiger Zeit den Tod des geimpften Kindes).

Charakteristisch für derartige Fallgestaltungen ist, daß die im Endergebnis eingetretenen Schadensfolgen Fortwirkungen der (haftungsbegründenden) Erstverletzung sind, "Weiterentwicklungen des primären Unrechts, die durch dessen Eigenart geprägt werden" [121]. Schäden dieser Art zählen zur Haftungsausfüllung, nicht zum Haftungsgrund. Das Verschuldensprinzip wird in solchen Fällen mit Verweisung der weiteren Schädigungsfolgen in den Bereich objektiver Folgenzurechnung nicht (wie etwa in dem erörterten "Fuhrwerksfall") ausgehöhlt. Das deutsche Schadensersatzrecht hat eben zur Grundlage, daß auch für unverschuldete Folgeschäden einzustehen ist [122]. Es mag zwar für manche Grenzfälle ("Fuhrwerksfall"!) berechtigt und notwendig sein, diesen Grundsatz einzuschränken. Würden weitere Schädigungserfolge der im Zusammenhang mit den Arzthaftungsfällen genannten Art stets zum Haftungsgrund gerechnet, würde jener Grundsatz indessen weitestgehend entwertet und gegenstandslos. Auch im Hinblick auf § 287 ZPO erfordert die Funktion des sog. Haftungsgrundes [123] die Einbeziehung derartiger Erfolge in den haftungsbegründenden Bereich nicht; denn auch bei Beschränkung des Haftungsgrundes auf Ersterfolge ist mit Feststellung eines solchen - die Ersatzpflicht ausreichend "motivierenden" [124] - "ersten" Erfolgs die Rechtsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem stets eindeutig fixiert [125]. Schließlich ist auch § 844 BGB (Ersatzansprüche der Hinterbliebenen im Falle der "Tötung") kein stichhaltiges Gegenargument zu entnehmen [126]; denn nach überwiegender Ansicht ist diese Bestimmung auch dann anwendbar, wenn der Tod die (möglicherweise in con-

120) vgl. BGH, VersR 68, 989

121) so treffend STOLL, Kausalzusammenhang, 28 und 31, Fußn. 28; vgl. auch bereits M. L. MÜLLER, Bedeutung des Kausalzusammenhangs, 108 ff.; weitgehend and. Ans. HAINMÜLLER, aaO, 140

122) Die Rechtspr. ist sich dessen allerdings nicht immer bewußt; vgl. etwa BGH, VersR 67, 714

123) vgl. dazu oben bb

124) vgl. HAINMÜLLER, aaO, 99 und 140 f. (großenteils von der hier vertretenen Ansicht i. e. abweichend)

125) vgl. oben bb

126) and. Ans. wohl HAINMÜLLER, aaO, 141

creto rein objektiv zugerechnete) Folge der Verletzung eines anderen Rechtsguts (Körper oder Gesundheit) ist [127].

"Zweiterfolge" der Art, wie sie in Arzthaftungsfällen die Regel sind, liegen somit außerhalb des Haftungsgrundes. Die ursächliche Verknüpfung von Erst- und Zweiterfolgen kann daher - haftungsausfüllende Kausalität - in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung gemäß § 287 ZPO festgestellt werden [128].

dd. Die Rechtsprechung geht davon aus [129], daß der erste Schädigungserfolg stets zum Haftungsgrund gehöre. Möglicherweise liegt aber unter bestimmten Voraussetzungen sogar dieser Ersterfolg im haftungsausfüllenden Bereich, ist letzterer also noch weiter, als zuvor festgestellt. Die zu diesem Erfolg führende Kausalbeziehung könnte dann beweismäßig gleichfalls nach § 287 ZPO beurteilt werden.

Dieses Problem wurde bisher, soweit ersichtlich, nur sehr wenig und nicht im einzelnen erörtert [130]. Eine nähere Untersuchung wird von folgendem auszugehen haben:

Der Begriff des Haftungsgrundes steht, wie oben ausgeführt [131], in engstem Zusammenhang mit der jeweils anwendbaren materiell-rechtlichen Haftungsnorm. Die Haftungstatbestände nun, die im Arzthaftungsrecht am wichtigsten sind [132], sind unterschiedlich aufgebaut.

---

127) vgl. statt aller PALANDT-GRAMM, Anm. 2 zu § 844; ERMAN-DREES, Anm. 2 zu § 844; ESSER, 3. A., II, 398; TRAEGER, Kausalbegriff, 199 f.; and. Ans. M. L. MÜLLER, Bedeutung des Kausalzusammenhangs, 70

128) richtig daher im Hinblick auf die Beurteilung der Verursachung von "Zweiterfolgen" nach § 287 ZPO (Arzthaftungsfälle): RG, JW 35, 3540; vgl. auch RG, JW 38, 2152 (wohl gleichfalls "Zweiterfolg"); BGHZ 29, 95 (99); BGH, VersR 59, 70 (71) (obwohl hier nicht ganz zweifelsfrei, ob bereits die Impfung "konkreter Haftungsgrund"); ebenso BGH, VersR 59, 636 (637) sowie VersR 68, 987 (988) (i. e. unklar hinsichtl. § 287 ZPO) und VersR 68, 989; vgl. weiter BGH, VersR 59, 365 (366); 60, 254 (mißverständlich hier aber wohl die Bestimmung des "Haftungsgrundes", jedenfalls in der Formulierung); VersR 60, 57 f.; 63, 67 (69) ("Resorcin"-Fall); 65, 583 (584) (allerdings nicht ganz eindeutig, ob "Erst"- oder "Zweit"erfolg); vgl. im übrigen auch die Zitate unten Fußn. 166

129) vgl. die Zitate oben Fußnote 79, 128; vgl. insbesondere BGH, VersR 63, 69; 65, 92

130) ausdrücklich nur bei M. L. MÜLLER, Bedeutung des Kausalzusammenhangs, 1914, 67 und bei HANAU, NJW 68, 2291 (2292) (Urteilsanmerkung)

131) vgl. oben bb

132) vgl. oben § 1 I 2

§ 823 I BGB setzt, wie bereits der eindeutige Wortlaut ergibt, die Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter voraus. Nur wenn ein solcher Verletzungserfolg eingetreten ist, wird für die sich daran anschließenden weiteren Folgen gehaftet. § 823 I BGB ist, so gesehen, als erfolgsbezogener Haftungstatbestand zu kennzeichnen [133]. Der "Ersterfolg" des schädigenden Verhaltens gehört demnach zum Haftungsgrund.

Dasselbe gilt für die Aufopferung und für die (bei Impfschäden anwendbare) in § 51 des Bundesseuchengesetzes enthaltene Anspruchsgrundlage. Auch hier ist ein Eingriff in Leben, Körper oder Gesundheit tatbestandliche Haftungsvoraussetzung [134].

§ 823 II BGB dagegen verlangt tatbestandlich nur einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz - handlungsbezogener Tatbestand [135]. Dementsprechend braucht sich nach überwiegender Ansicht das Verschulden des "Täters" nur auf die Übertretung der Schutznorm, nicht auch auf die durch diesen Verstoß verursachte Schädigung zu beziehen [136]. Diese Grundsätze gelten allerdings nur, wenn nicht bereits der Tatbestand der Schutzvorschrift einen bestimmten Erfolg, etwa eine bestimmte Rechtsgutsbeeinträchtigung, voraussetzt. Gerade die letztgenannte Situation aber liegt im Arzthaftungsrecht regelmäßig vor. Dort fehlen - jedenfalls im "Kernbereich" dieses Haftungsgebiets (Stichwort: "Kunstfehler") - auf den Schutz des Patienten gerichtete, das ärztliche Verhalten durch präzise Ge- oder Verbote steuernde Rechtsnormen [137] weitgehend [138]. Als Schutzgesetze fungieren hier in erster Linie die §§ 222, 230 StGB. Verbunden

---

133) vgl. ESSER, 2. A., 232; DEUTSCH, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 179, 215, 219, 402 und passim; HAINMÜLLER, aaO, 99; HANAU, aaO. (Auf den Streit "Verhaltens- contra Erfolgsunrecht" im Rahmen von § 823 I BGB einzugehen, besteht hier kein Anlaß.)

134) vgl. ESSER, 3. A., I, 76 f.

135) DEUTSCH, Fahrlässigkeit, 78/79; ESSER, 2. A., 187, 850; HAINMÜLLER, aaO, 122/123; HANAU, NJW 68, 2292

136) vgl. z. B. RGZ 145, 107 (115); BGHZ 34, 375 (381); DEUTSCH, aaO; ESSER, 2. A., 850; z. T. abweichend STOLL, Kausalzusammenhang, 22; FIKENTSCHER, Schuldrecht, 576

137) vgl. Art. 2 EGBGB

138) vgl. KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 623. Die ärztlichen Berufsordnungen (hierzu unten § 4 II 1, Fußn. 18) enthalten nur Grundsätzliches über die Ausübung des Arztberufs, keine bestimmten Ge- oder Verbote hinsichtl. der eigentlichen ärztlichen Berufstätigkeit. Letzteres verlangt § 823 II BGB aber; vgl. BGH, NJW 65, 2007; BGH, GRUR 62, 159 (162); ERMAN-DREES, Anm. 12 a zu § 823 BGB

mit diesen erfolgsbetonten Straftatbeständen aber wird auch § 823 II BGB zur erfolgsbezogenen Haftungsnorm [139]. Ein "Ersterfolg" der in §§ 222, 230 StGB bezeichneten Art ist dann selbst bei § 823 II BGB Bestandteil des Haftungsgrundes.

§ 839 BGB (in Verbindung mit Art. 34 GG) dagegen setzt tatbestandlich nicht die Verletzung bestimmter Rechtsgüter voraus [140]. Verschulden des Beamten in bezug auf die Pflichtverletzung als solche genügt daher zur Begründung der Ersatzpflicht [141]. Die Beachtung der ärztlichen Sorgfaltspflichten nun ist für den seiner Stellung nach unter die Amtshaftungsbestimmungen fallenden Arzt eine diesem seinem Patienten gegenüber obliegende Amtspflicht [142]. Bereits die schuldhafte Verletzung dieser Pflichten begründet die Haftung. Der Haftungstatbestand wird also ausschließlich durch die Verhaltensweise des Arztes bestimmt.

Bei der positiven Vertragsverletzung schließlich entsteht die Ersatzpflicht des Schuldners aus der Verletzung von Schutzpflichten oder aus der Schlechterfüllung von Leistungspflichten [143]. Der Eingriff in ein bestimmtes Rechtsgut ist ebensowenig wie bei § 839 BGB Haftungsvoraussetzung. Der haftungsbegründende Tatbestand knüpft also auch hier an das Verhalten des auf Schadensersatz in Anspruch Genommenen an [144].

Bei den beiden letztgenannten Haftungsgrundlagen (§ 839 BGB und positive Vertragsverletzung) liegt im Hinblick auf deren Tatbestandsaufbau ("Erst"erfolg nicht tatbestandliche Anspruchsvoraussetzung) der Gedanke nahe, dort auch den ersten Schädigungserfolg zum haftungsausfüllenden Bereich zu rechnen [145]. Der entsprechende Kausalzusammenhang könnte dann nach § 287 ZPO "geschätzt" werden.

Zu § 839 BGB entschiedene Fälle zeigen die insoweit bestehende Problematik am besten auf. Die Rechtsprechung ist hier recht uneinheitlich. Zwar wird anerkannt, bei § 839 BGB bestehe "die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung

---

139) vgl. ESSER, 2. A., 850/851; HAINMÜLLER, aaO, 123

140) vgl. LARENZ II, 394; ESSER, 2. A., 886; DEUTSCH, Fahrlässigkeit, 79, 173, 177; HANAU, NJW 68, 2292; TRAEGER, Kausalbegriff, 214; RÜMELIN, AcP 90, 240

141) vgl. RG, WarnRspr 41 Nr. 188; BGH, VersR 56, 96; RGRK (KREFT), Anm. 45 zu § 839; ESSER, aaO, 897

142) vgl. BGH, VersR 57, 82 (83); 60, 441 (442); 68, 987; vgl. auch ERMANDREES, Anm. 3a zu § 839; ESSER, 2. A., 893 ff. (insbes. 894, 896)

143) vgl. im einzelnen unten § 5 I 2

144) vgl. HANAU, aaO; HAINMÜLLER, aaO; ESSER, 2. A., 160, 189 (allerdings nicht ganz eindeutig)

145) vgl. HANAU, aaO

schon in der Amtspflichtverletzung als solcher" [146]; dementsprechend sei gemäß § 287 ZPO festzustellen, welchen Schaden diese Pflichtverletzung verursacht hat [147]. Andererseits betonen aber gerade neuere Entscheidungen zum Arzthaftungsrecht, die Frage, ob das amtspflichtwidrige Verhalten den Ersatzbegehrenden "betroffen" habe, liege auch bei der Amtspflichtverletzung im Rahmen der Haftungsbegründung und könne daher beweismäßig nur nach § 286 ZPO beurteilt werden [148].

Der letztgenannten Ansicht dürfte der Vorzug zu geben sein. Die Hauptbedeutung des Haftungsgrundes besteht, namentlich im Hinblick auf §§ 286, 287 ZPO, darin, die Rechtsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem eindeutig zu fixieren [149]; deshalb hat, wie ausgeführt [150], § 287 ZPO im haftungsbegründenden Bereich nichts zu suchen. In der überwiegenden Zahl der Fälle (besonders solcher aus dem Arzthaftungsrecht) wird nun zwar mit Feststellung einer Amtspflichtverletzung gleichzeitig auch feststehen, daß eine bestimmte Person von dieser Pflichtverletzung "betroffen" wurde; denn es muß ja (§ 839 I 1 BGB) eine "einem Dritten gegenüber obliegende" Amtspflicht verletzt sein. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch Fälle denkbar sind, in denen allein mit der Amtspflichtverletzung als solcher jene, für den Haftungsgrund wesentliche, Festlegung der Rechtsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem noch nicht erfolgt ist.

Folgendes allgemeine Beispiel mag dies verdeutlichen: Der Straßenverkehrsbehörde obliegt gegenüber den Verkehrsteilnehmern die Amtspflicht, an gefährlichen Straßenstellen Warnschilder aufzustellen [151]. Hat die Behörde dies schuldhaft versäumt, hat sie damit eine Amtspflichtverletzung begangen und hierdurch den Tatbestand von § 839 BGB erfüllt. Damit steht aber noch nicht fest, wem gegenüber dieser Tatbestand verwirklicht wurde; die Rechtsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem im Sinne der obigen Ausführungen

---

146) BGH, VersR 56, 96 (97)

147) vgl. RG, JW 37, 2466; BGHZ 27, 287 (295); BGH, NJW 52, 23; VersR 58, 782 (783); NJW 59, 1125; 64, 405; vgl. auch KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 81, 1054; RGRK (KREFT), Anm. 111 zu § 839; SOERGEL-GLASER (9. A.), Rdnr. 214 zu § 839

148) vgl. namentlich BGH, VersR 65, 91 (92); VersR 68, 987 (988); 68, 989

149) vgl. oben bb

150) oben bb am Ende

151) vgl. OLG Frankfurt/M., VersR 68, 1046 (1047); vgl. auch das (zwar zu § 823 II BGB im Hinbl. auf § 287 ZPO genannte, aber auch in diesem Zusammenhang instruktive) Beispiel in RGRK (HAAGER), Anm. 113 zu § 823 BGB

ist also noch nicht hinreichend klargestellt. Hierfür wäre (weitere) Voraussetzung, daß derjenige, der den Staat aus Amtspflichtverletzung wegen des Versäumnisses der Behörde in Anspruch nimmt, tatsächlich an den unbeschilderten Gefahrenstelle verunglückte und daß das Fehlen des Schildes unfallursächlich (im Sinne haftungsbegründender Kausalität) war. Erst nach Feststellung dieser Umstände steht fest, daß gerade der Ersatzbegehrende von der Amtspflichtverletzung "betroffen" [152] wurde, daß also ihm gegenüber der "konkrete Haftungsgrund" [153] verwirklicht wurde.

Deshalb ist auch bei § 839 BGB der schädigende "Ersterfolg" Bestandteil des Haftungsgrundes [154]. Allerdings braucht dieser Erfolg an keinem bestimmten Rechtsgut eingetreten zu sein (wie in § 823 I BGB); denn § 839 BGB schützt - begrenzt indessen durch den Schutzzweck der jeweils verletzten Amtspflicht [155] - die gesamte Rechtssphäre des von der Pflichtverletzung Betroffenen. Es reicht daher als "Ersterfolg" aus, wenn die Amtspflichtverletzung in die "Interessensphäre" des Ersatzbegehrenden eingegriffen, ein in dieser Sphäre liegendes "Objekt eines Interesses" betroffen hat [156].

Gleiches gilt für die Haftung aus positiver Vertragsverletzung. Mit Feststellung eines vertragswidrigen Verhaltens des Schuldners wird zwar auch hier in aller Regel gleichzeitig feststehen, daß dieses Verhalten den Interessenkreis gerade des Gläubigers betroffen hat. Es sind aber wiederum Fallgestaltungen möglich, bei denen diese Regel nicht zutrifft. Wurde etwa - ein Beispiel, das zum Arzthaftungsrecht zurückführt - in einer Abteilung eines Krankenhauses allgemein nur unzureichend Vorsorge gegen Ansteckungen getroffen [157], so liegt darin eine positive Vertragsverletzung gegenüber allen Patienten, die zu jener Zeit in dieser Abteilung untergebracht waren; denn Vertragspflichten [158] sind allen diesen Personen gegenüber außer acht gelassen worden. Wurde nun einer dieser Patienten von einer Infektionskrankheit befallen, so steht damit noch nicht fest, daß gerade er von der (allen Patienten gegenüber begangenen) Vertragsverletzung

152) vgl. vor allem BGHZ 4, 197; BGH, VersR 65, 92

153) BGH, aaO

154) ebenso ausdrücklich M. L. MÜLLER, Kausalzusammenhang, 67 ff. (68/69); HAINMÜLLER, aaO, 140 f.; vgl. auch TRAEGER, Kausalbegriff, 214; RÜMELIN, AcP 90, 240(auch 251); and. Ans. HANAU, NJW 68, 2292

155) vgl. ESSER, 3. A., II, 441

156) vgl. M. L. MÜLLER, aaO, 68/69

157) vgl. die ähnliche Sachverhaltsgestaltung in BGH, VersR 65, 91; NJW 69, 583

158) zur Typisierung der insoweit möglichen Pflichtverletzungen vgl. unten § 5 I 2 sowie (vorläufig) FIKENTSCHER, Schuldrecht, 216 ff.

"betroffen" wurde und daher aus dieser Vertragswidrigkeit Ersatzansprüche herleiten kann - möglicherweise hatte er sich diese Krankheit bereits vor seiner Einlieferung in das Krankenhaus zugezogen und wurde deshalb insoweit von der erwähnten Vertragsverletzung nicht berührt.

Bei der positiven Vertragsverletzung ist somit gleichfalls die Außerachtlassung von Verhaltenspflichten allein kein ausreichendes Kriterium dafür, in wessen Interessenkreis diese Pflichtverletzung eingegriffen hat [159]. Auch hier wird die Rechtsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem erst mit dem durch den Pflichtverstoß verursachten Eingriff in die Sphäre des Gläubigers, nicht bereits mit einer von dem vertragswidrigen Verhalten ausgehenden Gefährdung, eindeutig fixiert. Der "Ersterfolg" ist also auch im Rahmen der positiven Vertragsverletzung zum Haftungsgrund zu rechnen [160].

§ 823 I BGB einerseits, § 839 BGB, oft auch § 823 II BGB (abhängig vom Charakter des jeweils anzuwendenden Schutzgesetzes) sowie die positive Vertragsverletzung andererseits weisen zwar, wie ausgeführt, grundlegende tatbestandliche Unterschiede auf (Stichwort: erfolgs-/verhaltensbezogen) [161]. Aus den genannten Gründen ist aber auch bei der zweiten Gruppe von Anspruchsgrundlagen der "Ersterfolg" des pflichtwidrigen Verhaltens dem haftungsbegründenden Bereich einzuordnen. Im Rahmen des Haftungsgrundes entscheidet sich nicht nur, ob ein Haftungstatbestand erfüllt wurde, sondern auch, wem gegenüber dies mit die Ersatzpflicht begründender Wirkung geschehen ist [162]. Nur wenn die Grenzen des Haftungsgrundes so gezogen werden, ist es vertretbar, § 287 ZPO für Fragen der haftungsausfüllenden Kausalität generell zuzulassen [163]. Ein Indiz für die Richtigkeit dieser Ansicht ist schließlich noch, daß andernfalls bei "verhaltensbezogenen" Anspruchsgrundlagen eine haftungsbegründende Kausalbeziehung im hergebrachten Sinn überhaupt keinen Platz mehr hätte; auch die ursächliche Verknüpfung von pflichtwidrigem Verhalten und Schädigung wäre dann in die Kategorie haftungsausfüllender Kausalität einzuordnen. Diese Kon-

---

159) vgl. auch M. L. MÜLLER, Kausalzusammenhang, 67 sowie BGH, NJW 69, 583 f. (ähnliches Beweisproblem hinsichtl. der Kausalität im Rahmen pos. V. V. wie im obigen Beispiel; haft. ausfüllender Kausalzusammenhang, § 287 ZPO nicht einmal erwähnt); vgl. noch RÜMELIN, AcP 90, 251

160) vgl. die in der vorangegangenen Fußn. Genannten; and. Ans. HANAU, NJW 68, 2292 (aber ohne nähere Begründung)

161) daher im Ansatz richtig HANAU, NJW 68, 2292

162) so BGHZ 4, 196 f. und ständig; vgl. im übrigen noch oben bb sowie die Zitate unten Fußn. 166

163) vgl. oben bb sowie HAINMÜLLER, aaO, 147

sequenz aber wird, soweit ersichtlich, nirgends gezogen [164].

Es ist somit daran festzuhalten, daß die erste negative Auswirkung des fehlerhaften ärztlichen Verhaltens, der "Einbruch in die fremde Rechtssphäre" [165], zum Haftungsgrund gehört. Der Kausalzusammenhang zwischen pflichtwidrigem Verhalten und diesem "Ersterfolg" ist also stets nach § 286 ZPO zu beweisen. Damit erklären und rechtfertigen sich auch die oben angedeuteten, auf den ersten Blick oft willkürlich erscheinenden Differenzierungen in der Judikatur im Hinblick auf §§ 286, 287 ZPO: Können Erst- und Zweiterfolg in concreto unterschieden werden, ist für die erste Kausalitätsbeziehung (haftungsbegründend) § 286 ZPO, für die daran anschließende (haftungsausfüllend) § 287 ZPO anzuwenden [166].

3. Sonderfragen im Rahmen von § 287 ZPO

a. Manche Urteile zur Arzthaftung erwecken den Eindruck, als könne im Bereich rechtlich relevanten Unterlassens auch die haftungsbegründende Kausalität gemäß § 287 ZPO beurteilt werden [167]. So ging es in einer Entschei-

---

164) ESSER, 2. A., 886 etwa spricht ausdrücklich von der "Notwendigkeit der haftungsbegründenden und -ausfüllenden Kausalität" bei § 839 BGB; vgl. auch ESSER, aaO, 232 (§ 60, 1 a am Ende) und die Tabelle daselbst, 229

165) RÜMELIN, AcP 90, 237

166) Richtig daher (Entscheidungen zur Arzthaftung) im Hinblick auf die Beurteilung von Ersterfolgen nach § 286 ZPO:
BGH, VersR 57, 248; 57, 339 (340); 65, 91 (92) (Amtspflichtverletzung!); NJW 68, 2291 (2293) mit Anm. HANAU; zweifelhaft dagegen BGH, VersR 60, 369 (370); 65, 583 (584); vgl. auch BGH, VersR 59, 71 und im übrigen die Zitate oben Fußn. 128
Unrichtig (Ersterfolge nach § 287 ZPO beurteilt):
RGZ 97, 4 (6); 118, 41 (45 f.); 128, 121 (123 ff., aber nicht ganz eindeutig, vgl. 125: "mittelbare" - "unmittelbare" Folge); RG, HRR 34, Nr. 786; RG, DR 39, 769 (770); RGZ 165, 336; RG, WarnRspr. 41 Nr. 14; RGZ 171, 168 (171, 173); BGHZ 7, 198 (203 f.) (vgl. dazu BGH, NJW 68, 2293; zu § 287 ZPO in diesem Zusammenhang nicht eindeutig die Anm. zu BGHZ 7, 198 von LARENZ, NJW 53, 686); KG, VersR 55, 141; OLG München, VersR 60, 568 (569); § 287 ZPO bei Ersterfolg wohl auch in BGH, VersR 59, 314 (316) (ohne nähere Begründung)

167) z. B. BGHZ 7, 198 (203 f.) = NJW 53, 700 (dazu 686 f. Anm. von LARENZ); OLG München, VersR 60, 568

dung [168] um die Frage, ob die im Anschluß an eine Schwangerschaftsunterbrechung vom Arzt fahrlässig versäumte Nachbehandlung für den Tod der Patientin ursächlich gewesen war. Der BGH wendet hier § 287 ZPO für den Beweis des Kausalzusammenhangs an; zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität wird nicht unterschieden.

Ein Unterlassen ist im Rechtssinn (haftungsbegründende) Ursache der eingetretenen Schädigung, wenn damit gegen eine Rechtspflicht zur Erfolgsverhinderung verstoßen wurde und die Schädigung bei pflichtgemäßer Vornahme der gebotenen Maßnahmen vermieden worden wäre [169]. Unter diesen Voraussetzungen sind Handlung und Unterlassung hinsichtlich ihrer haftungsrechtlichen Relevanz im Ergebnis gleichwertig. Diese Gleichstellung ist auch aus praktischen Gründen notwendig; denn oft läßt sich ein schadensersatzrechtlich erhebliches Verhalten mit gleichem Recht in die eine oder in die andere Verhaltenskategorie einordnen [170]. Bei fehlerhafter ärztlicher Behandlung etwa könnte die haftungsrechtlich relevante Verhaltensweise auch im Unterlassen korrekter Behandlung erblickt werden. Handlung und Unterlassung sind also unter den erwähnten Voraussetzungen hinsichtlich ihrer Ursächlichkeit für eine eingetretene Schädigung im normativen Bereich gleichzustellen [171]. Es ist daher nicht gerechtfertigt, diese beiden Verhaltensformen im Rahmen des Kausalitätsnachweises rechtlich unterschiedlich zu behandeln. Allerdings ist ein Unterlassen ein "nullum" im natürlichen Sinn, die rechtserhebliche Ursächlichkeit einer Unterlassung daher eine "Quasikausalität", eine "Kausalität der nicht erfolgten Handlung, die hypothetisch zum eingetretenen Erfolg in Beziehung gesetzt" werden muß [172]. Ein derartiger hypothetisch zu ermittelnder Kausalverlauf ist naturgemäß besonders schwer zu beweisen [173]. Diese Schwierigkeit des Beweises aber ist kein hinreichender Grund, bei Unterlassungen auch zum Beweis der haftungsbegründenden Kausalität § 287 ZPO anzuwenden. Im Hinblick auf die ansonsten voll durchgeführte rechtliche

---

168) BGH, aaO (von BGH, NJW 68, 2291, 2293 als "mißverständlich" bezeichnet); vgl. auch OLG München, aaO; OLG Frankfurt, VersR 56, 554 (555); BGH, VersR 58, 849 (alle Entscheidungen zur Arzthaftung)

169) vgl. z.B. BGH, VersR 56, 367 (369); 64, 1299 (1302); ESSER, 3. A., I, 106; STAUDINGER-WERNER, Rdnr. 42 vor § 249 BGB

170) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 14. A., 1969, Rdnr. 95 vor § 1 StGB

171) hierzu besonders SCHÖNKE-SCHRÖDER, Rdnr. 141 vor § 1 StGB; ESSER, 3. A., I, 306

172) SCHÖNKE-SCHRÖDER, aaO

173) vgl. BGHZ 7, 198 ff.; LARENZ, NJW 53, 686 f.; LOCHER, Festg. f. Heck, 226; HANAU, NJW 68, 2291/2293 (alle zum Arzthaftungsrecht)

Gleichstellung von Handlung und Unterlassung wäre dies systemwidrig. Könnte die (haftungsbegründende) Kausalität einer rechtlich relevanten Unterlassung nach § 287 ZPO beurteilt werden, würde bei Unterlassungen im praktischen Ergebnis nicht selten schärfer gehaftet als bei Handlungen [174]. Die Rechtsprechung hebt denn auch teilweise ausdrücklich hervor, die Feststellung, eine Unterlassung habe eine Schädigung "möglicherweise" oder "vielleicht" verursacht, reiche zum Beweis des (haftungsbegründenden) Kausalzusammenhangs nicht aus [175]. Auch im Hinblick auf die haftungsbegründende "Kausalität" einer Unterlassung muß das Gericht also, soll eine auf diese Unterlassung gestützte Schadensersatzklage begründet sein, gemäß § 286 ZPO "volle" Überzeugung gewinnen [176]. Die Feststellung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrads ist insofern, wie allgemein [177], Hilfsmittel bei der Überzeugungsbildung. Angesichts der erwähnten, besonders großen Beweisschwierigkeiten im Bereich rechtlich relevanten Unterlassens ist dieses Hilfsmittel hier von besonderer Wichtigkeit. So gesehen haben auch die in diesem Zusammenhang im Schrifttum verwendeten Formulierungen ("hohe Wahrscheinlichkeit" und dgl. [178]) ihre Berechtigung. Wendungen dieser Art dürfen aber nicht zu der Annahme verleiten, für den Beweis der haftungsbegründenden "Kausalität" von Unterlassungen könne § 287 ZPO herangezogen werden.

b. Arzthaftungsfälle berühren nicht selten den Fragenkreis der sog. hypothetischen Kausalität [179]. Der Einwand des auf Schadensersatz in Anspruch genommenen

---

174) so zutr. LARENZ, aaO, 686; vgl. auch SCHEFFLER, KF 59, 49; STAUDINGER-WERNER, Rdnr. 42 vor § 249 BGB

175) BGHZ 2, 138(139); vgl. auch BGH, DNotZ 54, 319 (322) m. Anm. DAIMER

176) vgl. BGHZ 4, 196 f. (keine Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassung im Hinblick auf die Abgrenzung der §§ 286, 287 ZPO); ebenso BGH, VersR 65, 91 (92); NJW 68, 2293; HAINMÜLLER, aaO, 131; KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 618; vgl. auch (allgemein) SCHÖNKE-SCHRÖDER, Rdnr. 141 vor § 1 StGB; EB. SCHMIDT, Lehrkommentar zur StPO, Teil I, 1964, Rdnr. 375; nicht ganz eindeutig (aber in der Sache wie hier) LARENZ, NJW 53, 686 f.; SCHEFFLER, KF 59, 49; and. Ans. dagegen (teilweise aber nur beiläufig) PALANDT, Einf. 6 vor § 823 BGB; STEIN-JONAS, Anm. I 2 c zu § 287 ZPO; HANAU, NJW 68, 2291/2292

177) vgl. oben § 1 II 3 a am Ende

178) vgl. STAUDINGER-WERNER, Rdnr. 42 vor § 249 BGB ("mit Wahrscheinlichkeit"); FIKENTSCHER, Schuldrecht, 254 ("an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit"); ENNECCERUS-LEHMANN, 75 ("sicher oder höchstwahrscheinlich")

179) vgl. z.B. BGH, VersR 59, 811 = JZ 59, 773 mit Anm. NIEDERLÄNDER

Arztes, die besonders ausgeprägte "Schadensanfälligkeit" [180] des Patienten etwa hätte über kurz oder lang gleichfalls zu den Gesundheitsschäden geführt, die nun im Anschluß an die Behandlung aufgetreten sind und für die jetzt wegen angeblich fehlerhafter Behandlung Ersatz begehrt wird, liegt zuweilen recht nahe. Damit ist zugleich umrissen, welches Teilgebiet des Gesamtkomplexes der "hypothetischen Kausalität" im Arzthaftungsrecht hauptsächlich von praktischem Interesse ist. In aller Regel wird es sich dort um sog. "Anlagefälle" handeln: Eine im Zeitpunkt des schädigenden ärztlichen Verhaltens bereits vorhandene "Schadensanlage" des Patienten hätte möglicherweise in absehbarer Zeit denselben Schaden verursacht [181].

Die Notwendigkeit, derartige Umstände zu Gunsten des Schädigers zu berücksichtigen, und zwar im Rahmen der Schadensberechnung, ist heute wohl allgemein anerkannt [182]. Um eine Frage der Kausalität im eigentlichen Sinn geht es hierbei also nicht. § 249 BGB verlangt vielmehr die Anrechnung derartiger schadensmindernder Faktoren; denn die (grundsätzlich "konkret" zu berechnende) Schadenshöhe wird entscheidend beeinflußt durch Wert und Zustand des betroffenen Rechtsguts (oder Vermögensgegenstands) im Zeitpunkt der Schädigung [183].

Der Schädiger trägt die Beweislast dafür, daß derartige, zusammenfassend als "Schadensanlage" zu kennzeichnende Umstände vorgelegen und daß diese sich schadensmindernd ausgewirkt haben [184]. § 287 ZPO ist in diesem Zusammenhang schon auf Grund des Wortlauts dieser Bestimmung anwendbar; denn es handelt sich hier, wie erwähnt, um Probleme der Schadensberechnung, der Schadenshöhe. Gemäß § 287 ZPO kann sonach "geschätzt" werden, ob und in welchem Umfang sich Tatsachen der zuvor bezeichneten Art auf die Schadenshöhe ausgewirkt haben [185].

---

180) vgl. ESSER, 3. A., I, 322

181) vgl. ESSER, aaO

182) vgl. BGH, JR 52, 70 (mit Anm. NEUMANN-DUESBERG); BGHZ 10, 6; 20, 275; 29, 207 (215); BGH, VersR 64, 293; 69, 43; VON CAEMMERER, Überholende Kausalität, 1962, 13, 14 ff. (insbesondere 16, 17); LEMHÖFER, JuS 66, 337 ff.; NIEDERLÄNDER, JZ 59, 775 (Urteilsanmerkung) und AcP 153, 59 ff.; ESSER, aaO sowie 2. A., 251 ff.

183) vgl. NIEDERLÄNDER, JZ 59, 775

184) vgl. BGH, VersR 59, 811 f.; VON CAEMMERER, Überholende Kausalität, 20; ESSER, 3. A., I, 324; and. Ans. LEMHÖFER, JuS 66, 341 ff.

185) vgl. BGHZ 8, 288; 20, 275; 29, 207 (215); BGH, VersR 59, 812; 68, 804 (806); 69, 43; ESSER, aaO; LEMHÖFER, JuS 66, 341; KLAUSER, JZ 68, 169; NIEDERLÄNDER, aaO; nicht eindeutig im Hinblick auf § 287 ZPO

Es gilt insoweit dasselbe wie in Fällen "mitwirkenden Verschuldens" (§ 254 BGB) [186]. Dort unterliegt die Frage, ob und in welchem Maß ein "Mitverschulden" [187] des Geschädigten den Schadensumfang beeinflußt hat, beweismäßig gleichfalls der Beurteilung nach § 287 ZPO [188].

§ 3
ANSCHEINSBEWEIS

Der sog. Anscheinsbeweis ("Beweis des ersten Anscheins", "prima-facie-Beweis") war gerade in den vergangenen Jahren Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Erörterung [1]. Auch die Spezialliteratur zum ärztlichen Haftungsrecht hat sich mit dem Anscheinsbeweis ausführlich befaßt [2]. Die folgende Darstellung beschränkt sich daher auf eine kurze Erläuterung der allgemeinen

---

NEUMANN-DUESBERG, JR 52, 72 und NJW 52, 131 f.; VON CAEMMERER, aaO, 20. - Zur (umgekehrten) Anwendung der in § 252 BGB enthaltenen Beweisregel auf Fälle hypothetischer Kausalität vgl. noch STOLL, Festschr. f. DÖLLE, I, 399; WEITNAUER, KF 66, 19; ESSER, aaO

186) Beispielsfälle für § 254 BGB im Arzthaftungsrecht: BGH, VersR 55, 23; OLG Kassel, VersR 56, 554; BGH, VersR 59, 448; VENZMER, Mitverursachung, S. 169

187) zur Terminologie ("Mitverursachung - "Mitverschulden") vgl. ESSER, 3. A., I, 325 ff.

188) vgl. BGH, VersR 57, 236; 59, 233; NJW 68, 985; STEIN-JONAS, Anm. I 2 d zu § 287 ZPO; PRÖLSS, aaO, 58/59; KLAUSER, JZ 68, 168/169

1) vgl. die Dissertationen von KOLLHOSSER (1963), PRÖLSS (1966), HAIN-MÜLLER (1966) und E. PAWLOWSKI (1966); die Abhandlungen von WASSERMEYER (1954), EKELÖF, ZZP 75 (1962), 289 ff. (299 ff.); DIEDERICHSEN, VersR 66, 211 ff. und KF 66, 21 ff.; vgl. auch Tagung für Rechtsvergleichung, 1965, passim; 46. DJT 1966 (insbesondere das Gutachten hierzu von BLOMEYER) sowie Karlsruher Forum, 1966, passim

2) vgl. die Dissertationen von HAAS (1939) und MARUM (1935); vgl. i. ü. LOCHER, Festg. f. Heck u. a., 245 ff. (262 ff.); LIERTZ-PAFFRATH, Arztrecht, 333 f.; GOLDHAHN-HARTMANN, Chirurgie und Recht, 211 ff.; HÜBNER-DROST, Ärztl. Haftpflichtrecht, 25, 207 f.; PERRET, Arzthaftpflicht, 44, 63, 88, 135, 167, 192, 219, 222 (Rspr.-Übersicht, nach medizin. Gesichtspunkten geordnet); BURMESTER, Haftpfl. des Arztes, 93 ff.; PETERSEN, DRiZ 62, 266 f.; UHLENBRUCK, NJW 65, 1058 ff.

Grundlagen des Anscheinsbeweises sowie auf die Frage, welche Bedeutung dem Anscheinsbeweis im Rahmen der Arzthaftung zukommt.

I. Wirkungsweise und Rechtsnatur sowie Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises

1. Manche Geschehnisse verlaufen, wie die allgemeine Lebenserfahrung bestätigt, fast stets in nahezu gleicher Weise. Solche "typischen" Geschehensabläufe tragen so sehr das Gepräge des Üblichen und Gewöhnlichen, daß demgegenüber die Sonderumstände des Einzelfalls in ihrer Bedeutung für das Gesamtbild dieses Falles (zunächst) zurücktreten. Erfüllt das in concreto zu beurteilende Geschehen diese Voraussetzungen, entspricht es Erfahrungssätzen [3] des jeweiligen Lebensgebiets, so darf das Gericht vom Regelverlauf der Dinge ausgehen, der diesen Erfahrungssätzen zugrunde liegt. Strittige Behauptungen gelten "prima facie" als erwiesen, wenn sie mit jenen Erfahrungssätzen in Einklang stehen. Ein detaillierter Beweis, der andere denkbare Sachverhaltsgestaltungen ausschließt, braucht nicht geführt zu werden. Die Gegenpartei kann den so erzielten Anscheinsbeweis "erschüttern". Zu diesem Zweck kann sie vor allem Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls vorbringen (und hat diese Behauptungen erforderlichenfalls "voll" zu beweisen), welche die "ernsthafte Möglichkeit" eines vom regelmäßigen, "typischen" Verlauf abweichenden Geschehenshergangs nahelegen. Sache der beweisbelasteten Partei ist es dann, die Richtigkeit ihrer zunächst "prima facie" erwiesenen Behauptungen im einzelnen nachzuweisen [4].

Ein (nicht "erschütterter") Anscheinsbeweis vermittelt nicht etwa nur einen "Wahrscheinlichkeitsbeweis". Er begründet vielmehr "volle" richterliche Überzeugung [5] und unterscheidet sich hierdurch auch von bloßer Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO). Die Bedeutung des Anscheinsbeweises liegt im Bereich der Beweiswürdigung [6]; der Anscheinsbeweis bewirkt also insbesondere keine Be-

---

3) HAINMÜLLER, aaO, 31 u. passim: "Erfahrungsgrundsätze"

4) so die überwiegende Auffassung zu den Grundzügen des Anscheinsbeweises; vgl. statt aller DIEDERICHSEN, VersR 66, 212 f.; PRÖLSS, aaO, 5 (jeweils mit umfangreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum)

5) vgl. RGZ 134, 237 (242); BGH, VersR 57, 267 (268); PRÖLSS, aaO, 24; KOLLHOSSER, Diss., 51

6) vgl. KOLLHOSSER, aaO: "Überzeugungsbildender Vorgang der Beweiswürdigung"

weislastumkehr [7]. Endlich sind Anscheins- und Indizienbeweis nicht gleichzusetzen. Beim Anscheinsbeweis wird unter bewußtem Absehen von den Einzelheiten des jeweiligen Sachverhalts aus dem regelmäßigen Verlauf auf den Hergang in dem zu beurteilenden Einzelfall geschlossen; der Indizienbeweis dagegen beruht auf einer Analyse gerade solcher Einzelumstände, aus denen Folgerungen gezogen werden [8].

2. Im Schadensersatzrecht liegen im Anwendungsgebiet der Grundsätze über den Anscheinsbeweis Fragen des Kausalzusammenhangs; ebenso können die Behauptungen, aus denen möglicherweise Pflichtwidrigkeit und Vorwerfbarkeit des schädigenden Verhaltens folgen, also die das Urteil der Fahrlässigkeit begründenden tatsächlichen Umstände [9], "prima facie" bewiesen werden. Im Hinblick auf den Beweis des Kausalzusammenhangs ergibt sich damit der Anschluß an § 287 ZPO wie folgt: Der Anscheinsbeweis erlangt besonders dort Bedeutung, wo § 287 ZPO dem Schadensersatzkläger nicht weiterhelfen kann, nämlich beim Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität. Hier, im Geltungsbereich von § 286 ZPO,

---

7) RGZ 134, 241 f.; BGH, VersR 57, 268 (statt aller); HAINMÜLLER, aaO, 79 f.; PRÖLSS, aaO, 13. - Vor allem in neuerer Zeit vertretene, z. T. von der dargestellten h. M. abweichende Theorien zur Rechtsnatur des Anscheinsbeweises können hier nicht näher erörtert werden; vgl. etwa WASSERMEYER, aaO (Beweislastumkehr); KOLLHOSSER, aaO (Erfahrungssätze binden den Richter als "Gewohnheitsrecht contra legem" - Bedeutung vor allem für das Revisionsrecht); KEGEL, Festg. f. Kronstein, 321 ff. (neben dem Anscheinsbeweis bei typischem Geschehensablauf Anerkennung eines Anscheinsbeweises auf Grund besonderer Umstände des Falles - sog. "Individualanscheinsbeweis"); DIEDERICHSEN, VersR 66, 211 ff. und auch E. PAWLOWSKI, aaO ("materiell-rechtl. Zuordnung" durch Grundsätze über den Anscheinsbeweis). - Zu fast allen dieser Theorien vgl. BLOMEYER, Gutachten, 20 ff.

8) vgl. RGZ 163, 21 (28); BGH, VersR 56, 276 f.; HAINMÜLLER, 170 ff.; BLOMEYER, Gutachten, 1, 16 f.; besonders treffend HAINMÜLLER, aaO, 181: "Beim Ansch. Bew. Verdrängung alles Atypischen, beim Indizienbeweis Überprüfung aller verfügbaren Einzelheiten")

9) BGHZ 6, 107; 8, 240; 39, 107; KOLLHOSSER, Diss., 55; HAINMÜLLER, aaO, 164 ff. u. 216 ff.; beim Ansch. Bew. für die Fahrlässigkeitsmomente ist in der Rspr. fast stets vom "ersten Anschein, der für das Verschulden spricht", die Rede - nach PRÖLSS, aaO, 30 f. (zutr.) eine "abkürzende ungenaue Ausdrucksweise", nach DIEDERICHSEN, aaO, 213 i. S. seiner Theorie vom Ansch. Beweis eine "aufschlußreiche Breviloquenz".

können die Grundsätze über den Anscheinsbeweis Beweiserleichterung bringen [10].

II. Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht

1. Rechtsprechungs-Übersicht

Ein Anscheinsbeweis kann dem Kläger hier die Beweisführung hinsichtlich der Kausalität zwischen fehlerhafter ärztlicher Behandlung (Diagnose etc.) und eingetretener Gesundheitsschädigung des Patienten erleichtern. Auch kann ein prima-facie-Schluß auf (schadensursächliche) Fahrlässigkeit des Arztes gerechtfertigt sein. Im Hinblick auf beide "Typen" des Anscheinsbeweises [11] hat die Rechtsprechung oft betont, die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts in diesen Punkten dürfe grundsätzlich nicht zu Lasten des Arztes gehen [12]. Vor allem aus diesem Grund hat die Rechtsprechung bei Anwendung des Anscheinsbeweises im Arzthaftungsrecht deutliche Zurückhaltung geübt [13].

a. Beim Kausalitäts-Anscheinsbeweis bilden die Schädigung des Patienten und der (schuldhafte) "Kunstfehler" des Arztes die Grundlage des prima-facie-Schlusses.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts war mit der Annahme eines Anscheinsbeweises dieser Art recht vorsichtig; nur in wenigen Fällen führte dort ein solcher prima-facie-Beweis zum Erfolg. So wurde etwa die Nichtbenutzung einer Sicherheitsvorrichtung (Trennwand) bei Vornahme einer Röntgenbestrahlung prima facie als Ursache der vom Patienten erlittenen Verbrennungen ange-

---

10) vgl. KOLLHOSSER, Diss., 124, Fußn. 32; HAINMÜLLER, aaO, 148. - Den Anscheinsbeweis im Bereich der Haftungsausfüllung generell nicht anzuwenden (so aber HAINMÜLLER, aaO), besteht - vor allem vom Rechtsschutzziel des in Beweisnot befindlichen Klägers her gesehen - kein Anlaß; die Rspr. hat den Anscheinsbeweis denn auch bei der haft. ausfüllenden Kausalität zugelassen (vgl. BGH, VersR 56, 499 - Arzthaftungsfall!); a. A. BGH, VersR 65, 70 (72). Zumindest können die beim Ansch. Bew. zu berücksichtigenden Umstände im Rahmen der "Schätzung" nach § 287 ZPO mitgewertet werden, vgl. BGH, VersR 60, 636; 68, 990

11) zu den "Typen" des Ansch. Bew. HAINMÜLLER, aaO, 183 ff.

12) vgl. insbesondere RGZ 78, 432(435); 128, 121(123); 165, 336(338 ff.); RG, HRR 32 Nr. 96; 37 Nr. 1301; DR 41, 931; BGHZ 4, 138 (144)

13) weitere Gründe hierfür unten 2

sehen [14]. Auch wurde der Kausalzusammenhang zwischen der Unterbringung eines Patienten im Krankenhauszimmer eines Scharlachkranken und der Scharlacherkrankung des später eingelieferten Patienten im Wege des Anscheinsbeweises festgestellt [15]. Im ganzen gesehen ist allerdings die einschlägige Rechtsprechung des Reichsgerichts oft recht uneinheitlich und teilweise - nach heutigen Maßstäben - systemlos [16]; insbesondere werden Anscheinsbeweis, § 287 ZPO und Beweislastumkehr häufig nicht auseinander gehalten [17].

Klarer ist insofern die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Der Kausalitäts-Anscheinsbeweis in der erwähnten Form wird dort eindeutig von anderen Arten der Beweiserleichterung unterschieden und dann angewandt, wenn der Arzt einen Behandlungsfehler begangen hat, der nach medizinischer Erfahrung typischerweise eine derartige Schädigung, wie sie in concreto eingetreten ist, zur Folge hat. So wurden die Grundsätze über den Anscheinsbeweis beispielsweise herangezogen zum Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen zu später Entfernung eines Gipsverbandes und der daraufhin eingetretenen Nekrose [18]; ebenso wurde ein Ursächlichkeitszusammenhang prima facie angenommen zwischen Tuberkuloseerkrankung und unzureichender Isolierung vor entsprechenden Ansteckungsgefahren [19] sowie in einem anderen Fall zwischen Verkrüppelung einer Hand und unsachgemäßer Operation sog. schnellender Finger [20]. In einer größeren Anzahl weiterer Entscheidungen zum Arzthaftungsrecht wurde ein Anscheinsbeweis dieser Art wenigstens erörtert [21].

---

14) RG, HRR 37 Nr. 1301 (jedenfalls der Sache nach Anscheinsbeweis)

15) RGZ 165, 336 (339); vgl. auch RG, WarnRspr. 22 Nr. 7; 26 Nr. 155; RG, SeuffArch 93, Nr. 97 (260 ff.)

16) dazu auch E. PAWLOWSKI, Prima-facie-Beweis, 89 (mit Fußnote 96)

17) vgl. noch RG, JW 13, 32; 28, 2213 (m. Anm. THIERSCH); 35, 3540; 36, 257; DR 39, 769; vgl. auch OLG Königsberg, LZ 33, Sp. 393

18) BGH, VersR 61, 613 (614)

19) BGH, VersR 60, 416 (417); vgl. auch BGH, VersR 65, 91 (93)

20) BGH, LM Nr. 25 zu § 286 (C) ZPO

21) vgl. BGHZ 4, 138 (144); BGH, NJW 59, 1583; VersR 59, 365 (366); 61, 725 (726); 62, 528 f.; 63, 67 (69); 68, 989 (990); NJW 68, 2291 (2293); vgl. auch OLG Celle, RdL 55, 45 f. (Tierarzt); KG, VersR 55, 141 (142). - Umstritten die Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis im sog. "Lues-Fall" BGHZ 11, 227; vgl. die Kritik dieser Entscheidung bei BLOMEYER, Gutachten, 35 f.; dazu auch HAINMÜLLER, aaO, 193, Fußn. 257; UHLENBRUCK, NJW 65, 1059 f. und Arztrecht 68, 102 (Fußn. 43); WASSERMEYER, NJW 54, 1119; KOLLHOSSER, Diss., 69 u. 137 ff.; ESSER, 2. A., 245 ("gewagter Sonderversuch"); einschränkend denn auch BGH, VersR 59, 366; 61, 422; 61, 725 (726)

b. In manchen Fällen kann mit Hilfe des Anscheinsbeweises von einem bestimmten "Schädigungsmerkmal" oder "Schädigungsbild" [22] auf (schadensursächliche) Fahrlässigkeit [23] des Arztes (auf einen vorwerfbaren "Kunstfehler") geschlossen werden.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts war gerade im Hinblick auf diese Form des Anscheinsbeweises in Arzthaftungsprozessen äußerst zurückhaltend. Die Erkenntnis, auch der geschickteste und sorgfältigste Operateur arbeite "nicht mit der Sicherheit einer Maschine", trotz aller Fähigkeit und Sorgfalt könne "ein Griff, ein Schnitt oder Stich mißlingen" [24], wurde auf alle Bereiche ärztlicher Tätigkeit übertragen. Sie wirkte im Arzthaftungsrecht häufiger Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis (hier bezogen auf den Beweis schadensursächlicher Fahrlässigkeit) entgegen [25]. Immerhin wurde ein derartiger Anscheinsbeweis in einem Fall in Erwägung gezogen, in dem strittig war, ob eine Bein-Amputation auf Fehler bei der zuvor erfolgten Behandlung zurückzuführen war [26]; auch wurde die Möglichkeit anerkannt, Fahrlässigkeit des Arztes prima facie als erwiesen anzusehen, wenn nach Behandlung einer Hauterkrankung durch Röntgenbestrahlung Verbrennungserscheinungen auftreten [27].

Die einschlägige neuere Rechtsprechung, vor allem des Bundesgerichtshofs, ist in dieser Beziehung wiederum ergiebiger. In mehreren Entscheidungen wurde beispielsweise mit Hilfe des Anscheinsbeweises auf einen schuldhaften Behandlungsfehler geschlossen, wenn es sofort nach einer (intramuskulären) Injektion zu Lähmungserscheinungen kommt [28]. Teilweise wurde auch das Zurückbleiben von Gegenständen in Operationswunden als hinreichende Grundlage eines Anscheinsbeweises fär Fahrlässigkeit des Arztes (oder seines Hilfspersonals,

---

22) vgl. HAINMÜLLER, aaO, 201 ff. und 230 ff.

23) bzw. auf die das Fahrlässigkeitsurteil rechtfertigenden Tatsachen; vgl. oben I 2 m. Fußn. 9

24) RGZ 78, 432 (435) (grundlegend)

25) vgl. noch RGZ 165, 336 (338 f.); RG, Gruchot 69, 86 (88); HRR 32 Nr. 96, 1643; JW 33, 2701 mit Anm. TITZE; HRR 35 Nr. 1009; SeuffArch 93, 131 (132); WarnRspr 41 Nr. 14

26) RG, JW 28, 2213 mit Anm. THIERSCH

27) RG, WarnRspr 36 Nr. 169; vgl. auch noch RG, JW 13, 32 und OLG Hamburg, LZ 20, Sp. 664.
Zusammenfassend zur einschlägigen Rechtspr. des RG auch HAAS, Diss., 56 - 67; MARUM, Diss., 28 - 32

28) BGH, VersR 57, 336 (337); 61, 1118 (1119); vgl. auch OLG Hamm, VersR 55, 125 (126); LG Lübeck, VersR 67, 69 (70)

§ 278 BGB) erachtet, z. B. wenn ein sog. Bauchtuch [29], eine 16 cm lange und 8 cm breite Arterienklemme [30] oder eine etwa 10 cm lange sog. Klemme nach Péan [31] zurückgelassen wird. Dagegen wurde ein derartiger Anscheinsbeweis im Falle des Zurückbleibens eines Mulltupfers in der Wunde abgelehnt [32]. Verschluckt ein Patient bei der Zahnbehandlung eine sog. Nervnadel, spricht dies aber - so eine weitere Entscheidung [33] - prima facie für Nachlässigkeit des Zahnarztes bei Handhabung dieses Instruments. Ebenso wurde in einem Fall, in dem Verbrennungserscheinungen nach einer mittels eines sog. Thermokauters vorgenommenen Operation eines Nackenkarbunkels aufgetreten waren, gemäß den Regeln des Anscheinsbeweises auf Fahrlässigkeit des Arztes als Schädigungsursache geschlossen [34].

Wie diese Beispiele zeigen, wendet der BGH also den Anscheinsbeweis für Fahrlässigkeit im Bereich der Arzthaftung wohl häufiger an als das Reichsgericht. Dennoch ist insoweit Leitlinie auch der BGH-Rechtsprechung folgender - sinngemäß bereits vom RG [35] aufgestellter - Satz: "Der Schluß, daß ein Arzt beim Mißlingen eines Eingriffs ... 'irgend etwas' falsch gemacht haben müsse, und zwar schuldhaft, läßt sich bei den komplizierten biologischen und physiologischen Abläufen im menschlichen Körper nicht rechtfertigen" [36].

2. Würdigung der Rechtsprechung und abweichender Ansichten

Die Rechtsprechung begründet ihre Zurückhaltung gegenüber dem Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht - wie eingangs erwähnt - vor allem mit dem Grundsatz, die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts in der Kausalitäts- oder Fahrlässigkeitsfrage dürfe nicht zu Lasten des Arztes gehen. Diese Erwägung ist zutreffend; denn die hauptsächlichen Gründe der Beweisschwierigkeiten im Arzthaftungsprozeß - vor allem die Unberechenbarkeit organischer Funktionsabläufe, die Möglichkeit der Schädigung des Patienten auch bei korrekter Behandlung - sind nicht vom Arzt zu verantworten, sondern erklären sich aus der Eigenart seiner

---

29) BGH, VersR 52, 180 (181)
30) BGH, VersR 53, 338
31) BGHZ 4, 138 (144)
32) BGH, VersR 57, 786; BGH, LM Nr. 2 zu § 282 ZPO; vgl. auch BGH, VersR 56, 477 und LG Köln, VersR 64, 392
33) OLG Nürnberg, MDR 53, 483
34) BGH, VersR 55, 573
35) vgl. die Zitate oben Fußn. 24, 25
36) BGH, VersR 65, 792 f.; vgl. auch BGH, VersR 63, 168 (169)

Tätigkeit [37]. Bei großzügiger Anwendung des Anscheinsbeweises aber würden diese für den Arzt sprechenden Gesichtspunkte außer acht gelassen.

Anders liegen die Dinge allerdings, wenn der Arzt einen Fehler begangen hat, der nach medizinischer Erfahrung eine derartige Schädigung, wie sie im Einzelfall eingetreten ist, typischerweise zur Folge hat oder wenn der Patient in einer Weise geschädigt wurde, die einen durch jenes Erfahrungswissen begründeten Schluß auf Fahrlässigkeit des Arztes nahelegt. Dann besteht - bei aller Rücksicht auf die Eigenarten und Schwierigkeiten ärztlicher Tätigkeit - in der Tat kein Anlaß mehr, einen Anscheinsbeweis nicht auch gegen den Arzt zum Zuge kommen zu lassen. Der zuvor dargestellten Rechtsprechung, vor allem der des BGH, darf somit im ganzen wohl bescheinigt werden, daß sie auf die Interessen des (möglicherweise) durch die ärztliche Behandlung geschädigten Patienten wie auch auf die Belange des Arztes angemessen Rücksicht nimmt.

Es wird nun die Ansicht vertreten, im Bereich der Arzthaftung dürften Anscheinsschlüsse nur gezogen werden, wenn ein "grober Kunstfehler" als "Basis" eines solchen Schlusses erwiesen sei; der Arzt sei in dieser Weise beweisrechtlich zu "privilegieren" [38]. Den Besonderheiten ärztlicher Tätigkeit, mit denen diese Ansicht gerechtfertigt wird, kann aber - übereinstimmend mit der Rechtsprechung - auch ohne eine derart grundsätzliche Einschränkung des Anscheinsbeweises ausreichend Rechnung getragen werden.

Vor allem im Hinblick auf die anzuerkennende Forderung, Aufklärungsschwierigkeiten in schadensersatzrechtlich erheblichen Punkten dürften nicht - qua Anscheinsbeweis - stets zu Lasten des Arztes gehen, muß das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises im Einzelfall besonders genau geprüft werden. Insbesondere ist sorgfältig zu untersuchen, ob sich medizinische "Erfahrungsgrundsätze" (HAINMÜLLER) nachweisen lassen, die in concreto Grundlage eines Anscheinsschlusses sein können. Hinsichtlich Voraussetzungen und Folgen hinreichend präzise, verläßliche "Erfahrungsgrundsätze" [39] aber fehlen in der Medizin sehr oft; der Mangel an Grundsätzen, die diesen Anforderungen genügen, ist wie ausgeführt [40], geradezu kennzeichnend für diese

---

37) vgl. oben § 1 II 2; vgl. auch LOCHER, Festg. f. Heck u. a., 263 und passim; MARUM, Diss., 25; HAAS, Diss., 42; UHLENBRUCK, NJW 65, 1059 und Arztrecht 68, 101 ff.

38) so HAINMÜLLER, aaO, 192 f., 197, 206, 208, 211, 224, 226, 230, 238; ähnlich auch UHLENBRUCK, Arztrecht 1968, 103

39) zu den Vorbedingungen beweiskräftiger "Erfahrungsgrundsätze" HAINMÜLLER, aaO, 29 ff.; BLOMEYER, Gutachten, 17

40) vgl. oben § 1 II 2; vgl. auch LOCHER, Festg. f. Heck u. a., 265 f.

Wissenschaft. Dieser Umstand zieht der Anwendungshäufigkeit des Anscheinsbeweises im Arzthaftungsrecht Grenzen und stellt damit eine erste Sicherung des Arztes gegen ihm nachteilige prima-facie-Schlüsse dar.

Außerdem kann ein Anscheinsbeweis verhältnismäßig leicht "erschüttert" [41] werden, so durch die (erforderlichenfalls nachzuweisende) Behauptung, es gebe den angewandten Erfahrungssatz nicht, dessen tatsächliche Voraussetzungen lägen nicht vor oder der an sich anwendbare "Erfahrungsgrundsatz" komme im konkreten Fall infolge besonderer Umstände [42] nicht zum Zug. In jeder Beziehung werden sich für den auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Arzt vielfach weitreichende Verteidigungsmöglichkeiten eröffnen [43]; insbesondere werden Umstände der letztgenannten Art, welche die "ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs nahelegen" [44], im Arzthaftungsprozeß häufig nachweisbar sein.

Die genannten Gesichtspunkte - Existenz nur verhältnismäßig weniger den Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises genügender Erfahrungssätze, leichte Ausräumbarkeit dieses Beweises - bieten für den Arzt in diesem Zusammenhang ausreichend Schutz. Sie sind gleichzeitig ein weiterer Grund dafür, weshalb der Anscheinsbeweis in der Judikatur zur Arzthaftung nicht allzu häufig zum Zuge gekommen ist.

---

41) da "Gegenbeweis", nicht "Gegenteilsbeweis"; vgl. BLOMEYER, Gutachten, 18 f.; vgl. im übrigen zur "Erschütterung" eines Anscheinsbeweises RGZ 120, 258 (264); BGHZ 8, 239 (240); BGH, LM Nr. 41 zu § 286 (C) ZPO; STEIN-JONAS, Anm. IV 7 a, aa zu § 282 ZPO

42) die ggf. "voll" nachgewiesen werden müssen; vgl. z. B. BGHZ 6, 169 (171); 17, 191; PRÖLSS, aaO, 33 f.

43) hierzu im einzelnen UHLENBRUCK, NJW 65, 1061 f.

44) vgl. die Zitate in Fußnote 41

§ 4
DIE SOG. "BEWEISVEREITELUNG"

Es besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, daß eine vom Beweisgegner schuldhaft bewirkte Vereitelung oder Erschwerung des Beweises durch Gewährung von Beweisvorteilen an den Beweisführer ausgeglichen werden muß [1]. Hat beispielsweise [2] ein Arzt über die von ihm vorgenommene Röntgenbestrahlung nur unzulängliche Aufzeichnungen angefertigt, so geht es im Prozeß beweismäßig zu seinen Lasten, wenn wegen dieser Nachlässigkeit der Behandlungsverlauf nicht mehr im einzelnen aufklärbar ist; der Patient ist, soweit die vom Arzt herbeigeführte Unaufklärbarkeit des Sachverhalts reicht, nicht beweispflichtig, möglicherweise kehrt sich sogar die Beweislast insoweit zu seinen Gunsten um.

I. Allgemeines

1. Die Frage, wie Situationen, die mit dem Stichwort "Beweisvereitelung" gekennzeichnet werden, im einzelnen zu beurteilen sind, wird sehr unterschiedlich beantwortet [3]. Bestimmungen wie etwa §§ 427, 444 ZPO lassen die Problematik zwar anklingen, geben aber doch nur wenige Anhaltspunkte [4]. Man wird hinsichtlich der Voraussetzungen rechtlich relevanter Beweisvereitelung - die Beweiserschwerung wird stets gleichgestellt [5] - von folgendem ausgehen müssen:

Rechtsprechung und Literatur sind sich überwiegend darin einig, daß Verschulden (Vorsatz oder - verstanden als Schuldform - Fahrlässigkeit) in bezug auf das beweisvereitelnde oder -erschwerende Verhalten erforderlich ist, sollen aus diesem Verhalten hier Folgerungen in beweisrechtlicher Hinsicht gezogen

---

1) vgl. (statt aller) BLOMEYER, AcP 158, 97 ff. und Gutachten zum 46. DJT, 11 f.; PRÖLSS, aaO, 87 ff.; SCHNEIDER, MDR 1969, 4 ff.; E. PETERS, ZZP 82 (1969), 200 ff.; jeweils mit umfangreichen Nachweisen

2) vgl. RG, WarnRspr 1936 Nr. 169

3) SCHNEIDER, aaO, 4 bemerkt zu Recht: "Für jede Ansicht finden sich Belege."

4) vgl. insbesondere SCHNEIDER, aaO, 5

5) vgl. BGH, VersR 65, 91 (92) (Arzthaftungsfall!) sowie die in Fußnote 1 Zitierten

werden [6]. Weitgehend unklar bleibt dabei jedoch, auf die Verletzung welcher Rechtspflichten dieses Verschulden bezogen wird. Die Grenzen, die den Bereich rechtlich relevanten beweisvereitelnden Verhaltens markieren, sollten aber möglichst eindeutig abgesteckt werden [7]. Mit Rücksicht hierauf empfiehlt es sich, als echte Beweisvereitelung nur Verstöße gegen Pflichten zur Anfertigung und Erhaltung von Beweismitteln anzusehen [8]. Pflichten dieser Art können sich aus dem materiellen Recht ergeben (z. B. Bestandteil einer vertraglichen Verpflichtung sein) [9]; sie können aber auch aus prozessualem Rechtsgrund folgen - Ausprägung der (zur prozessualen "Förderungspflicht" gehörenden) "allgemeinen Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Stoffsammlung" [10].

2. Bislang konnte kein Einverständnis darüber erzielt werden, ob die Rechtsfolgen einer Verhaltensweise, die den vorgenannten Voraussetzungen genügt, im Bereich der Beweiswürdigung oder aber im Gebiet der Beweislastverteilung liegen [11]. Die besseren Gründe dürften für die erstgenannte Ansicht sprechen. Danach hat das Gericht zum Nachteil des Beweisgegners aus dessen beweisvereitelndem Verhalten im Rahmen der Beweiswürdigung Schlüsse zu ziehen und auf diese Weise die durch die Beweisvereitelung bewirkte Unaufklärbarkeit des Sachverhalts auszugleichen [12]. Bei Annahme einer Beweislastumkehr zu Ungunsten der beweisvereitelnden Partei würden die Besonderheiten der jeweiligen Fallgestaltung nicht berücksichtigt; insbesondere könnte auf diesem Wege dem Ausmaß der durch die Beweisvereitelung herbeigeführten Unaufklärbarkeit nicht

---

6) vgl. RG, HRR 32 Nr. 1643; BGH, VersR 62, 528 (529); 65, 92 f.; PRÖLSS, aaO, 89; PETERS, ZZP 82, 204 f. und passim; vgl. auch ESSER, 2. A., 245 ("Vereitelung" bedeute "Absicht" - § 444 ZPO); and. Ans. SCHNEIDER, MDR 69, 10; ROSENBERG, Beweislast, 191 f.

7) so vor allem PETERS, aaO, 205; vgl. auch ESSER, aaO

8) ebenso BLOMEYER, AcP 158, 99 ff.; PETERS, aaO, 206 ff.; vgl. auch BGH, VersR 65, 92 f.; PRÖLSS, aaO, 95 sowie ESSER, aaO

9) vgl. BGHZ 6, 224 (226 f.); BLOMEYER, aaO; PETERS, aaO, 206 f.

10) so PETERS, aaO, m. w. N.

11) vgl. einerseits (Beweiswürdigung) RGZ 63, 410; 128, 121 (125); BGH, VersR 58, 762; NJW 63, 389; ROSENBERG, Beweislast, 190 ff.; BAUMBACH-LAUTERBACH, Anm. 2 zu § 444, Anm. 3 D (Anhang) zu § 282 ZPO; andererseits (Beweislastumkehr) RGZ 76, 297; RG, WarnRspr 36 Nr. 169; BGHZ 6, 227; BGH, VersR 62, 529; STEIN-JONAS, Anm. IV 7 b zu § 282 ZPO; BLOMEYER, AcP 158, 102 ff. und Gutachten, 11 f.; PRÖLSS, aaO, 93 ff. - Vgl. auch BAUR, Schadensersatzrecht, 87/88 ("exceptio doli" im Zivilprozeß, "venire contra factum proprium"); ähnlich SCHNEIDER, MDR 69, 10

12) vgl. i. e. vor allem PETERS, ZZP 82, 212 ff.; ROSENBERG, aaO, 190 ff.

Rechnung getragen werden [13]. Unbillige Ergebnisse wären oft die Folge [14]; denn bereits leichte Fahrlässigkeit im Hinblick auf eine nur geringfügige Beweiserschwerung könnte dann - qua Beweislastumkehr - den Prozeßverlust für die Partei nach sich ziehen, der diese Nachlässigkeit unterlaufen ist [15].

II. Fälle der Beweisvereitelung im Arzthaftungsrecht

1. Auch im Arzthaftungsprozeß erlangen die Grundsätze über die Beweisvereitelung oft Bedeutung. Eine vom beklagten Arzt ausgegangene Beweisvereitelung kann sich auf beliebige Beweisthemen beziehen, also sowohl Fragen der Kausalität (haftungsbegründend wie -ausfüllend) als auch der Fahrlässigkeit des beanstandeten ärztlichen Verhaltens betreffen.

So wurde es als Beweisvereitelung gewertet, wenn ein Arzt bei Röntgenaufnahmen oder -bestrahlungen nur lückenhafte Aufzeichnungen gemacht [16] oder wenn er - dies unabhängig von der Art der Behandlung - wesentliche Eintragungen im Krankenblatt unterlassen hat [17]. In solchen Fällen folgt die Pflicht des Arztes, Aufzeichnungen über die Behandlung (vollständig) anzufertigen und aufzubewahren, unmittelbar aus entsprechenden arztrechtlichen Bestimmungen [18]. Auch ein (vom Arzt verschuldeter) Verlust von Röntgenaufnahmen, die über Einzelheiten der erfolgten Behandlung hätten Aufschluß geben können, ist als Beweisvereitelung anzusehen [19]. Dabei ist für die prozessuale Relevanz

---

13) vgl. PETERS, aaO, 218; SCHNEIDER, aaO, 9 (dort auch zu Grundfragen der Beweislastverteilung in diesem Zusammenhang)

14) vgl. insbes. PETERS, aaO, 216

15) vgl. das Beispiel aus dem Arzthaftungsrecht bei PETERS, aaO, 216 und 218

16) RG, SeuffArch 84 Nr. 187; HRR 32 Nr. 1643; WarnRspr 36 Nr. 169; SeuffArch 93, 131 (133); 260 (262); RGZ 171, 168 (172); OLG Frankfurt, JW 34, 3299; KG, JurRPrVers 35, 28

17) BGH, VersR 56, 449 (450); 577; 61, 421 (422); 62, 528 (529)

18) vgl. § 7 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg, abgedruckt bei ETMER-BOLCK, Bundesärzteordnung, Anhang C 13 (entsprechende Bestimmungen in den anderen Bundesländern, vgl. ETMER-BOLCK, aaO, Anhang C 14-22); vgl. auch UHLENBRUCK, NJW 65, 1063 und Arztrecht 1968, 100; BURMESTER, Haftpflicht des Arztes, 238 ff.; SPANN, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, 1962, 95 ff.; KUHNS, Recht der Heilberufe, 1956, I, 12, 150 f., 583 f.

19) vgl. BGH, NJW 63, 389

derartigen Verhaltens ohne entscheidende Bedeutung [20], daß in den beispielhaft angeführten Fällen das beweisvereitelnde (oder -erschwerende) Verhalten des Arztes in der Zeit vor Prozeßbeginn liegt.

Folgender Sachverhalt erscheint, unter dem Gesichtspunkt "Beweisvereitelung" betrachtet, aber bereits recht problematisch: Bei einer Nachoperation wurde ein Tupferstück, das bei der ersten Operation versehentlich in der Wunde zurückgelassen worden war, entfernt und weggeworfen; im Schadensersatzprozeß gegen den Arzt kam es im Rahmen der Verschuldensfrage auf Größe und Beschaffenheit des zunächst zurückgebliebenen Tupferstücks an. Der BGH [21] sieht hierin einen Fall schuldhafter Beweisvereitelung, obwohl sich hier eine Pflicht des Arztes zur Aufbewahrung eines derartigen Gegenstands doch wohl nur schwerlich begründen läßt [22].

2. Den Übergang zu einer weiteren Fallgruppe, deren Behandlung nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung äußerst fragwürdig ist, bilden Sachverhalte, in denen das beweisvereitelnde Verhalten des Arztes Teil der beanstandeten Behandlungsmaßnahmen ist. So wurde beispielsweise als Beweisvereitelung erachtet die - ausdrücklich als schuldhafte "Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflichten" gewertete - Nichtvornahme einer bakteriologischen Untersuchung bei schweren Komplikationen (septisches Gangrän) nach Einrichtung eines Handgelenkbruchs; diese Unterlassung habe nicht nur die Möglichkeit einer Falschbehandlung erhöht, sondern zugleich auch dem Kläger den Nachweis unmöglich gemacht, daß die sonstigen dem Arzt hier erwiesenermaßen unterlaufenen weiteren Fehler die Ursache der Schädigung des Patienten (Amputation eines Unterarms) waren [23].

Es könnte noch vertretbar sein, das Beweisvereitelungs-Prinzip in Fällen wie dem zuvor geschilderten anzuwenden, in denen immerhin beweisvereitelnde und

---

20) hierzu im einzelnen E. PETERS, aaO, 212 (problematisch ist die Gleichstellung vor allem bei Mitwirkungspflichten aus prozessualem Rechtsgrund, aber auch dort vor allem aus praktischen Gründen erforderlich)

21) BGH, LM Nr. 2 zu § 282 ZPO

22) kritisch zu dieser Entscheidung auch PRÖLSS, aaO, 92; (sinngemäß) auch BLOMEYER, AcP 158, 101; vgl. auch ESSER, 2. A., 245; zustimmend dagegen PETERS, ZZP 82, 207, 220 (Mitwirkungspflicht aus "prozessualem Rechtsgrund")

23) BGH, VersR 58, 849 (Rechtsfolge der Beweisvereitelung nach BGH: Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität); ähnlich bereits RGZ 78, 435; 128, 125; vgl. auch OLG Königsberg v. 22. 6. 1933, mitgeteilt bei BURMESTER, Haftpflicht des Arztes, 111 f.

(möglicherweise) schädigende Verhaltensteile deutlich voneinander abgrenzbar sind (wo der Arzt also weitere Fehler begangen hat, die eigentlicher Gegenstand des Vorwurfs sind) [24]. Die Rechtsprechung ist dabei aber nicht stehengeblieben. Sie hat vielmehr des öfteren eine Beweisvereitelung (mit Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität als Rechtsfolge) auch dann angenommen, wenn die Beweisvereitelung ausschließlich in dem beanstandeten, möglicherweise schädigenden "Kunstfehler" selbst erblickt werden konnte [25]. In der Tat wird, als Folge des ärztlichen "Kunstfehlers" für die Beweissituation, nach einem solchen Fehler häufig nicht mehr aufklärbar sein, wie die Behandlung bei korrektem Vorgehen verlaufen wäre [26]. Die Erwägung, die besonderen Schwierigkeiten des Kausalitätsbeweises in Arzthaftungsprozessen mit Hilfe der Grundsätze über die Beweisvereitelung zu mildern, wird so verständlich.

Das Beweisvereitelungs-Prinzip würde auf diese Weise im Ergebnis zu einer allgemeinen und recht weittragenden Form der Beweiserleichterung ausgebaut. Hierin liegt zugleich der Grund dafür, weshalb dieses Prinzip in der vorliegenden Arbeit erörtert wird [27]. Eine ausführlichere Untersuchung der angeschnittenen Frage - interessantester Aspekt der Beweisvereitelungs-Grundsätze im Rahmen der Arzthaftung - erfolgt jedoch erst in späterem Zusammenhang [28]; denn es verbinden sich hier, wie im einzelnen zu zeigen sein wird, mehrere verschiedenartige, über die Beweisvereitelung weit hinausgehende rechtliche Gesichtspunkte.

---

24) ablehnend bereits zu BGH, VersR 58, 849 ESSER, 2. A., 245 ("zu weitgehend")

25) vgl. BGH, VersR 62, 960 (961); NJW 67, 1508 f.; 68, 1185 und im einzelnen unten § 6 I 2

26) vgl. BGH, NJW 67, 1509: "... nachdem der Arzt durch einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst die Lage geschaffen hat, die nicht erkennen läßt, wie der Verlauf bei ordnungsgemäßer ärztlicher Behandlung gewesen wäre..."; vgl. i. ü. unten § 6 II 4 a

27) und auch der Grund für die nur sehr knappe Darstellung des Beweisvereitelungsprinzips im Hinblick auf seine hergebrachten Anwendungsfälle

28) vgl. unten § 6 II 4 a

§ 5
BEWEISLAST "UMKEHR" ANALOG §§ 282, 285 BGB

Vertragliche Schadensersatzansprüche im Falle eines ärztlichen Fehlers beruhen auf dem Rechtsgrund der positiven Vertragsverletzung [1]. Für Leistungsunvermögen und -verzug ordnen § 282 und § 285 BGB eine den Gläubiger begünstigende Beweiserleichterung in Gestalt einer "Umkehr" der Beweislast [2] an. Die analoge Anwendung dieser Vorschriften auf die positive Vertragsverletzung wird vielfach erwogen. Der Arzt müßte sich dann, um seine Ersatzpflicht abzuwenden, hinsichtlich der von dieser Beweislastumkehr umfaßten Haftungselemente entlasten [3]; eine insoweit bestehende Unaufklärbarkeit des Sachverhalts ginge zu seinen Lasten [4].

I. Allgemeines zur Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung

1. Die Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung ist ein vielerörtertes Problem [5]. Die Literatur neigt hier überwiegend dazu, generell die §§ 282, 285 BGB auf Fälle der positiven Vertragsverletzung analog anzuwenden [6]. Die Rechtsprechung dagegen nimmt eine diesen Bestimmungen entsprechende Beweislastverteilung nur fallweise und unter der Voraussetzung an, daß die Schadensursache aus dem "Gefahrenbereich" des Schuldners hervorge-

---

1) vgl. oben § 1 I 2

2) Ob im gesetzlichen Anwendungsbereich der §§ 282, 285 BGB von einer echten Beweislast"umkehr" gesprochen werden kann, ist im einzelnen nicht zweifelsfrei (vgl. ESSER, 3. A., I, 208); im vorliegenden Zusammenhang wird dieser Ausdruck daher als nur schlagwortartige Charakterisierung der Beweislage verstanden.

3) "Gegenteilsbeweis", nicht nur "Gegenbeweis" (wie etwa bei "Erschütterung" eines Anscheinsbeweises); vgl. BLOMEYER, Gutachten, 1; ESSER, aaO

4) vgl. oben § 1 I 1, II 1

5) vgl. statt aller RAAPE, AcP 147(1941), 217 ff. (grundlegend); WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 85 ff.; GÜLDNER, Diss. Bonn 1965, passim; PRÖLSS, aaO, 65 ff.; E. PAWLOWSKI, Prima-facie-Beweis, 69 ff.; HAINMÜLLER, aaO, 152 ff.; STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 517 ff.

6) vgl. PRÖLSS, aaO, m. w. N.

gangen ist [7]. Sie gelangt allerdings auf diese Weise überwiegend nur zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Verschuldensmomente [8]. Im Schrifttum wird demgegenüber teilweise auch eine Beweislastumstellung im Hinblick auf die Kausalität zwischen Schuldnerverhalten und eingetretener Schädigung befürwortet; der Gläubiger könne sich mit dem Nachweis objektiver Pflichtwidrigkeit begnügen [9].

Wird über die Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung unter Abstellen auf den (recht unscharfen) Begriff "Gefahrenbereich" praktisch jeweils nur für den Einzelfall entschieden, so leidet hierunter die Rechtssicherheit [10], die in Fragen der Beweislast von besonders großer Bedeutung ist [11]. Andererseits ist auch eine schematische Einheitslösung, welche die §§ 282, 285 BGB hier generell analog anwendet, nicht zu befürworten; sie würde der Vielgestaltigkeit der "Typen" positiver Vertragsverletzung [12] auf den verschiedenen Lebensgebieten nicht ausreichend gerecht [13]. Diese Unzuträglichkeiten vermeidet eine nach der Art der Pflichtverletzung und dem Inhalt der geschuldeten Leistung differenzierende Beurteilung des Beweislastproblems bei positiver Vertragsverletzung [14]. Auf diese Weise läßt sich auch, wie vor allem am Beispiel der Arzthaftung zu zeigen sein wird, der Umfang einer etwaigen Beweislastumkehr (nur Verschulden oder auch Kausalität,möglicherweise sogar objektive Pflichtwidrigkeit?) am sachgerechtesten bestimmen.

2. Zu unterscheiden sind in diesem Zusammenhang Schlechterfüllung von Leistungspflichten und Verletzung von Schutzpflichten [15]. Bei der ersten Fall-

---

7) vgl. aus neuester Zeit OLG Koblenz, NJW 65, 2347 (z. T. weitergehend; dazu die insoweit ablehnende Anm. von FICHTNER, NJW 66, 454); OLG Düsseldorf, NJW 66, 736; BGH, MDR 66, 491; BAG, NJW 67, 269 (270); BGHZ, JZ 68, 794; BGH, VersR 69, 470 (471)

8) vgl. statt aller BGH, VersR 69, 471 m. w. N.

9) vgl. statt aller HAINMÜLLER, aaO, 152 f. m. w. N. (Fußnote 476)

10) vgl. besonders HAINMÜLLER, aaO, 157, Fußn. 517

11) vgl. unten § 6 II 3 a

12) vgl. das gleichnamige Werk von KÖPCKE, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965

13) vgl. hierzu auch ESSER, 3. A., I, 390

14) so vor allem STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 1967, 517 ff.; ähnlich auch ESSER, aaO; vgl. auch WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 88 ff.; E. PAWLOWSKI, Prima-facie-Beweis, 87 ff.

15) STOLL, aaO, 528 und passim; vgl. auch Heinrich STOLL, AcP 136, 257 ff. (288 f.); WASSERMEYER, aaO; ESSER, aaO

gruppe ist eine Beweislastverteilung nach den Grundsätzen der §§ 282, 285 BGB als Ausprägung des vom Vertragsschuldners übernommenen Leistungsrisikos [16] interessengerecht. Im Rahmen der zweiten Fallgruppe dagegen überwiegt insofern die Ähnlichkeit mit Fällen der Verletzung allgemeiner deliktischer Verkehrspflichten; entsprechend, also in Übereinstimmung mit der für das Deliktsrecht maßgeblichen "Grundregel" [17], ist dort die Beweislast zu verteilen [18].

Fälle der erstgenannten Art (Schlechterfüllung von Leistungspflichten) überwiegen bei weitem [19]. Hinsichtlich welcher Haftungsvoraussetzungen nun in diesen Fällen eine Beweislastumkehr anzunehmen ist, hängt vom Umfang des vom Schuldner vertraglich übernommenen Leistungsrisikos und damit vom Inhalt der geschuldeten Leistung ab [20]. Je nach Vertragszweck [21] kann ein bestimmter "näherer" oder "fernerer" [22] Leistungserfolg oder aber nur eine Leistungshandlung geschuldet sein [23]. Bei Verträgen der ersteren Kategorie ("Erfolgsschuld") hat, zumindest wenn ein "fernerer" Leistungserfolg Vertragsinhalt ist, der aus positiver Vertragsverletzung in Anspruch genommene Schuldner sich mit Rücksicht auf das von ihm übernommene erhöhte Leistungsrisiko durch den Nachweis zu entlasten, er habe sich nicht pflichtwidrig oder nicht schuldhaft verhalten oder seine Pflichtwidrigkeit sei nicht die Schädigungsursache gewesen [24]. Der Gläubiger kann sich hier also mit dem Nachweis begnügen, daß ein bestimmter Schaden eingetreten sei. Ist dagegen kein bestimmter Leistungserfolg im vorerwähnten Sinn geschuldet, muß der ersatzbegehrende Gläubiger eine für den eingetretenen Schaden ursächliche (objektive) Pflichtwidrigkeit des Schuldners beweisen; dieser hat sich lediglich im Bereich des Verschuldens (der Vorwerfbar-

16) STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 556 und passim; vgl. auch REHBINDER, JuS 69, 208 ff. (211)

17) vgl. oben § 1 I 1

18) so STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, insbes. 527 f.; WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 91

19) vgl. STOLL, aaO, 528 und passim; WASSERMEYER, aaO, 89

20) STOLL, aaO, insbes. 538 ff.

21) dabei werden bei den einzelnen Vertragsarten Typisierungen - Bedeutung der Rechtssicherheit im Bereich der Beweislastverteilung! - weitgehend möglich sein; vgl. auch E. PAWLOWSKI, Prima-facie-Beweis, 87 ff.

22) dazu ausführlich ESSER, 2. A., 94 ff.

23) vgl. ESSER, aaO, 95; vgl. auch die von STOLL, aaO, 539 f. mitgeteilte instruktive Unterscheidung von "obligation de résultat" und "obligation de moyens" im französischen Recht

24) STOLL, aaO, 540 f., 545

keit) zu entlasten [25].

II. Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung im Rahmen der Arzthaftung

1. Die Rechtsprechung lehnt bislang nahezu einmütig eine Beweislastumkehr entsprechend §§ 282, 285 BGB zu Ungunsten des Arztes ab [26]. Allerdings bleibt dabei häufig unklar, auf welche Haftungsvoraussetzungen sich nach Ansicht der einschlägigen Entscheidungen eine Beweislastumkehr analog §§ 282, 285 BGB überhaupt zu beziehen hätte (auch auf Fragen der Kausalität [27], möglicherweise sogar der objektiven Pflichtwidrigkeit [28] des ärztlichen Verhaltens?). Ein großer Teil des Schrifttums stimmt mit dieser Judikatur in ihrer grundsätzlichen Ablehnung einer Beweislastumkehr bei positiver Vertragsverletzung in Arzthaftungsfällen überein [29].

---

25) STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 542 (auch 540); im Ergebnis bei dieser Fallgruppe weitgehend übereinstimmend die h. M.; vgl. RAAPE, AcP 147, 218 f.; ROSENBERG, Beweislast, 350; ENNECCERUS-LEHMANN, § 55 II 3; GÜLDNER, Diss., 42 ff., 118 ff.; vgl. auch RGZ 126, 141; BGH, VersR 63, 385; 64, 1063; 69, 471; NJW 69, 554 (Arzthaftungsfall!)

26) so RGZ 78, 432 (435) (grundlegend); RG, HRR 32 Nr. 96 (mit i. e. unrichtiger Begründung); RG, JW 33, 2701; HRR 35 Nr. 1009; vgl. auch RG, JW 33, 1389; 37, 2592; RGZ 165, 336 (338). - BGHZ 4, 138 (144); BGH, VersR 56, 449; 58, 418; 67, 663 (664); NJW 69, 553 (554). - KG, VersR 55, 141; OLG Stuttgart, VersR 57, 470 (471); OLG Celle, VersR 58, 791. - Unentschieden insoweit RGZ 128, 121 (123); vgl. auch RG, HRR 32, Nr. 1643. - And. Ans. OLG Hamburg, LZ 20 Sp. 664; OLG Stuttgart, VersR 58, 791 (nur Leitsatz)

27) vgl. einerseits RGZ 128, 124, andererseits BGH, NJW 69, 554

28) insofern unentschieden BGH, VersR 67, 664

29) vgl. RGRK (NASTELSKI), Anm. 4 zu § 282 BGB; GEIGEL, Haftpflichtprozeß, S. 934; HAINMÜLLER, aaO, 158 ff.; LOCHER, Festg. f. Heck u. a., 263; SCHEFFLER, KF 59, 47; HAAS, Diss., 41 ff.; UHLENBRUCK, NJW 65, 1062; PETERSEN, DRiZ 62, 266; BÖHMER, JR 59, 64; BURMESTER, Haftpflicht des Arztes, 94, 190, 195; GOLDHAHN-HARTMANN, Chirurgie und Recht, 216; KÖNIG-KÖSTLIN, Arzthaftpflicht, 84 ff.; E. PAWLOWSKI, Prima-facie-Beweis, 89. - And. Ans. PALANDT-DANCKELMANN-HENRICHS, Anm. 1 zu § 282; SOERGEL-R. SCHMIDT, Rdnr. 36 zu § 276 (beide Kommentarstellen ohne nähere Begründung); PRÖLSS, aaO, 78 (Fußn. 231); GÜLDNER, Diss., 116 ff.; KLEINEWEFERS-WILTS,

Rechtsprechung und Schrifttum begründen diese Ansicht mit den Besonderheiten ärztlicher Tätigkeit. Allein aus einer im Anschluß an die Behandlung eingetretenen Schädigung des Patienten dürfe nicht auf eine schadensursächliche, dem Arzt zum Vorwurf zu machende Pflichtwidrigkeit geschlossen, dem Arzt daher auch im Rahmen vertraglicher Haftung nicht die Beweislast hinsichtlich irgendwelcher Haftungselemente auferlegt werden. Die Berufstätigkeit des Arztes sei mit anderen, "gewöhnlichen" Dienstleistungen nicht zu vergleichen [30]. Im ganzen finden sich in diesem Zusammenhang im wesentlichen dieselben Überlegungen, die bereits einem Anscheinsbeweis im Bereich der Arzthaftung häufig entgegenstehen [31]. Erwägungen dieser Art haben hier erhöhtes Gewicht; denn ein zunächst gegen den Arzt sprechender Anscheinsbeweis könnte oft verhältnismäßig leicht entkräftet werden [32], bei Annahme einer Beweislastumkehr dagegen wäre voller "Gegenteilsbeweis" zur Abwendung der Ersatzpflicht erforderlich [33].

Arzthaftungsprozesse sind zudem dadurch gekennzeichnet, daß es um Sachverhalte geht, die oft schwer oder überhaupt nicht aufklärbar sind; dazuhin ist hier eine Berufstätigkeit Beurteilungsgegenstand, für die gelegentliche Fehlleistungen mit teilweise schwerwiegenden Auswirkungen charakteristisch sind [34]. Würde eine (auch die objektive Pflichtwidrigkeit sowie deren Schadensursächlichkeit umfassende) Beweislastumkehr zu Ungunsten des Arztes entsprechend §§ 282, 285 BGB angenommen, könnte dieser den in diesen Bestimmungen vorgesehenen Entlastungsbeweis häufig nicht führen; die vertragliche Haftung des Arztes näherte sich daher praktisch einer Gefährdungshaftung [35], ja ginge (Kausalitätsvermutung!) darüber noch hinaus - obwohl ein Arzt doch nicht in eigenem In-

---

VersR 67, insbes. 625; STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 554 (aber differenzierend, vgl. unten 2)

30) vgl. BGH, VersR 52, 180 (181); NJW 69, 554; LOCHER, aaO, 275; zu weitgehend aber wohl RÜMELIN, Haftung im klin. Betrieb, 13 ("altruistischer"Charakter ärztlicher Tätigkeit); vgl. auch ROTHER, NJW 65, 177 ff. (182)

31) vgl. oben § 3 II, 2

32) vgl. oben § 3 II 2 a. E.

33) vgl. oben Einleitung § 5, Fußn. 3; vgl. auch zu den Schwierigkeiten beim "Negativen"-Beweis in diesem Zusammenhang ESSER, 3. A., I, 208

34) vgl. oben § 1 II 2, § 3 II 2 sowie HAINMÜLLER, aaO, 158; vgl. auch ROTHER, NJW 65, 182 und LAUFS, NJW 69, 529

35) SCHEFFLER, KF 59, 47; DIEDERICHSEN, KF 66, 27; allgemein zum "Gewährleistungselement", das in der Beweislastverteilung gemäß §§ 282, 285 BGB steckt, ESSER, 2. A., 213

teresse Gefahrenlagen schafft, sondern im Gegenteil zur Hilfeleistung in Anspruch genommen wird [36]. Die Gründe für die ablehnende Haltung der Rechtsprechung und eines großen Teils der Literatur gegenüber einer Beweislastumkehr analog §§ 282, 285 BGB im Arzthaftungsrecht treffen sonach im wesentlichen zu [37].

2. Wird selbst im Rahmen vertraglicher Arzthaftung dem Patienten die Beweislast hinsichtlich sämtlicher Haftungsvoraussetzungen auferlegt, werden aber im Hinblick auf die vertragliche Sonderbeziehung, die zwischen dem Patienten und dem Arzt (oder Krankenhaus) besteht, die Interessen des Patienten doch wohl zu sehr zurückgesetzt. Auch ist es systematisch nur sehr schwer zu rechtfertigen, weshalb die Arzthaftungsfälle von der wenigstens in der Literatur überwiegend für richtig gehaltenen generellen Analogie zu §§ 282, 285 BGB ausgenommen werden. Mit Rücksicht auf derartige Gesichtspunkte empfiehlt sich auch hier der oben [38] aufgezeigte Weg zur Lösung des Beweislastproblems bei positiver Vertragsverletzung.

Ein Arzt, der einen "Kunstfehler" begangen oder sonstwie ärztliche Sorgfaltspflichten seinem Patienten gegenüber außer acht gelassen hat [39], hat damit in aller Regel Leistungspflichten schlecht erfüllt [40] - "Schadenszufügung in Erfüllung eines Vertrags", Vertragserfüllung, die "mit unzulänglichen, schadenstiftenden Mitteln oder sonst unsorgfältig" erfolgt [41]. Sonach ist entsprechend dem oben [42] Gesagten für eine Beweislastumkehr im Bereich der Vertragshaftung des Arztes grundsätzlich Raum. Auf welche Haftungselemente sich diese Beweislastumkehr erstreckt, hängt dann davon ab, welchen Inhalt die vom Arzt vertraglich geschuldete Leistung hat.

Nach allgemeiner Ansicht schuldet der Arzt (oder das Krankenhaus) sorgfältige, den Regeln der medizinischen Wissenschaft entsprechende, "kunstgerechte"

---

36) SCHEFFLER, aaO; vgl. auch RÜMELIN, Haftung im klinischen Betrieb, 13

37) zu undifferenziert daher GÜLDNER, Diss., 116 (Gleichstellung der ärztlichen mit jeder beliebigen anderen Berufstätigkeit)

38) I 2

39) vgl. z. B. BGH, NJW 69, 553 (unzulängliche Abschirmung vor Ansteckungsgefahren)

40) STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 553 f.; vgl. auch WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 88 f.

41) ESSER, 3. A., I, 383 (auch 22 f. und 385 f.); vgl. noch STOLL, aaO, 526; FIKENTSCHER, Schuldr., 218 ff. (223)

42) I 2

Behandlung, nicht aber einen bestimmten Behandlungserfolg (z. B. das Gelingen einer Operation) [43]. Die Leistungspflicht des Arztes ist der geradezu "extreme Fall einer 'obligation de moyens' " [44]. Diese Begrenztheit des Leistungsinhalts beim Arztvertrag aber beruht letztlich auf denselben Gründen ("Gefahrengeneigtheit" ärztlicher Tätigkeit, Unberechenbarkeit organisch-physiologischer Geschehensabläufe und dgl. [45]), die die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur dazu geführt haben, dem Arzt im Hinblick auf die Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung eine Sonderstellung [46] einzuräumen. Wird die Beweislastverteilung im Rahmen positiver Vertragsverletzung nun allgemein vom Inhalt der jeweiligen Leistungspflicht abhängig gemacht, kann also derartigen Besonderheiten einer bestimmten, vertraglich geschuldeten Tätigkeit systemgerecht Rechnung getragen werden.

Aus dem zuvor umrissenen Inhalt der Leistungspflicht des Arztes ergibt sich für die Beweislastverteilung hier folgendes: Da nur sorgfältige Behandlung geschuldet ist, rechtfertigen wegen dieser Begrenztheit von Leistungsinhalt und übernommenem Leistungsrisiko weder die Nichterreichung des beabsichtigten Heilerfolgs noch der Eintritt etwaiger Gesundheitsschäden im Anschluß an die Behandlung per se einen Schluß auf (schadensursächliche) Schlechterfüllung des Arztvertrags [47]. Der Patient hat daher zur (tatsächlichen) Begründung der vertraglichen Schadensersatzpflicht des Arztes einen diesem zur Last fallenden objektiven Pflichtverstoß sowie die Ursächlichkeit dieser Pflichtverletzung für die ein-

43) ESSER, 3. A., I, 22; II, 144 und (ausführlicher) 2. A., 95; FIKENTSCHER, Schuldrecht, 417, 433; LOCHER, Festg. f. Heck u. a., 263; STOLL, Festsch f. F. v. Hippel, 553 f. - Auch wenn der Arztvertrag als Werkvertrag eingeordnet wird, gilt insoweit das gleiche; § 631 BGB ("Herbeiführung eines Erfolgs") meint nicht den Enderfolg i. S. einer Zweckerreichung, vgl. insbes. ESSER, 2. A., 95 und 577 ff. Daher beweisrechtlich gleichgültig, ob Arztvertrag als Dienst- oder Werkvertrag zu typisieren (h. M.: i. allg. Dienstvertrag, bei Operationen i. d. R. Werkvertrag; vgl. LOCHER, aaO; STAUDINGER-NIPPERDEY, Vorbem. 146 vor § 611; PALANDT-PUTZO, Einf. 2 vor § 611; vgl. auch FIKENTSCHER, aaO, 417; gegen diese Unterscheidung ESSER, 2. A., 579, 3. A., II, 144 f., 164)

44) STOLL, aaO, 554; vgl. noch oben Fußn. 23

45) vgl. noch die Übersicht bei STOLL, aaO, 553 f.

46) HAINMÜLLER, aaO, 162: "Privilegierung"

47) vgl. auch ESSER, 3. A., I, 390

getretene Schädigung darzutun und zu beweisen [48]). Ist so eine schadensursächliche Pflichtwidrigkeit des Arztes erwiesen, ist es aber dessen Sache, Umstände zu behaupten und, falls erforderlich, zu beweisen, die einen auf jenen Pflichtverstoß sich gründenden Schuldvorwurf ausschließen. Insoweit muß der Arzt sich entlasten; in dieser Beziehung stimmt die Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung auch im Rahmen des Arztvertrags mit einer Analogie zu §§ 282, 285 BGB überein [49]). Die oben [50]) näher erläuterte Unterscheidung von Pflichtwidrigkeit ("Kunstfehler") und Schuldvorwurf erlangt damit in diesem Zusammenhang entscheidende Bedeutung für die Beweislast.

Diese Lösung erscheint am interessengerechtesten [51]). Die Belastung des Patienten mit dem "Beweisrisiko" für objektive Pflichtwidrigkeit und Ursächlichkeit verhindert, daß die vertragliche Ersatzpflicht des Arztes de facto [52]) bereits mit Eintritt einer Schädigung des Patienten feststeht [53]). Damit ist den Belangen des Arztes und der Tatsache, daß dieser bei seiner Tätigkeit kein Leistungsrisiko (im Sinne einer Gewähr für Behandlungserfolg und Nichteintritt schädlicher Folgen) übernehmen kann, hinreichend Rechnung getragen. Sind objektive Pflichtwidrigkeit und Schadensursächlichkeit des ärztlichen Verhaltens aber erwiesen, besteht kein Hindernis, jetzt auch beim Arztvertrag den

---

48) zur Begründung dieser Beweislastverteilung aus dem Leistungsinhalt vgl. im einzelnen STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 554; ebenso (die objektiven Haftungsvoraussetzungen seien vom Gläubiger zu beweisen) auch für andere Verträge im Ergebnis die h. M.; vgl. RAAPE, AcP 147, 218 f.; PRÖLSS, aaO, 65 f.; GÜLDNER, Diss., 43 f.; vgl. auch BGH, NJW 69, 554 und VersR 69, 471; vgl. im übrigen oben Fußn. 25

49) STOLL, aaO, 554. Größtenteils abweichend die h. M., vgl. oben Fußn. 26, 29; vgl. aber BGH, NJW 69, 554 (Beweislastumkehr beim Arztvertrag ausdrücklich nur bezüglich der Kausalität abgelehnt); wie hier im Ergebnis auch GÜLDNER, Diss., 116 ff. (auch 44 ff.)

50) § 1 I 3 a

51) zu der von HAINMÜLLER, aaO, 160 f. insoweit vertretenen Ansicht (Beweislastumkehr auch bezüglich der Kausalität bei "massivem" Kunstfehler) vgl. unten § 6 II 4 b, aa

52) wegen der Schwierigkeit des Entlastungsbeweises; vgl. oben § 1 II 2, in diesem Abschnitt II 1 sowie auch unten § 6 II 4 b, bb

53) Oft wird die Pflichtwidrigkeit aus dem Schädigungserfolg durch Indizien- oder Anscheinsbeweis erschlossen werden können; dazu BGH, VersR 69, 471; GÜLDNER, Diss., 45 f.; vgl. auch HAINMÜLLER, aaO, 153: Nachweis "irgendeiner", nicht näher konkretisierten Pflichtwidrigkeit genüge

"Sphärengedanken" (Gesichtspunkt des mangelnden Einblicks des Gläubigers in die Schuldnersphäre) zur Geltung zu bringen, der den §§ 282, 285 BGB - neben dem Gedanken der Übernahme eines bestimmten Leistungsrisikos - zugrunde liegt [54]. Gerade der Nachweis der streng "situationsbezogenen" Verschuldensmomente [55] ist ohne detaillierte Kenntnis der Vorgänge im Bereich des Arztes (z. B. des genauen Operationsverlaufs) kaum jemals zu führen [56]; insofern kann ausschließlich der Arzt zur Sachverhaltsaufklärung beitragen. Es ist daher sachgerecht, dem Arzt in dieser Beziehung die Beweislast aufzuerlegen.

§ 6
BEWEISLASTUMKEHR HINSICHTLICH DER KAUSALITÄT IN ARZTHAFTUNGSPROZESSEN.

Die Rechtsprechung nimmt im Arzthaftungsrecht bei folgender Fallgestaltung sowohl im Rahmen vertraglicher wie deliktsrechtlicher Schadensersatzansprüche eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität an: Hat der Arzt einen groben Fehler begangen, der zur Herbeiführung einer Schädigung wie der eingetretenen geeignet war, so obliege ihm der Nachweis, daß dieser Fehler nicht die Schädigungsursache war. Dieser "Gegenteilsbeweis" [1] wird nur selten gelingen, die erwähnte Beweislastumkehr für den auf Schadensersatz belangten Arzt daher oft Prozeßverlust bedeuten.

Beispielsweise hatte in einem Fall [2] der auf Schadensersatz verklagte Arzt zu einer Injektion im Lendenwirbelbereich eine Spritze benutzt, die er bei seinem vorangegangenen, ungefähr einen Tag zurückliegenden Besuch aufgezogen und nur mit einem Wattebausch bedeckt auf dem Tisch des Krankenzimmers hatte liegen lassen. Der Patient starb etwa zwei Wochen später an Kreislaufversagen als Folge schwerster toxischer Schädigung des Gesamtorganismus, die ihrerseits durch eine bakterielle Infektion hervorgerufen worden war. Ob gerade die Injektion mit der grob nachlässig aufbewahrten Spritze die Infektionsursache gewesen

---

54) vgl. insbes. BGH, VersR 69, 471; RAAPE, AcP 147, 222; ESSER, aaO, 390; vgl. auch unten § 6 4 b, bb sowie PRÖLSS, aaO, 72 ff. ("Gefahrenbereich")

55) vgl. oben § 1 III 3 a

56) so insbesondere HAINMÜLLER, aaO, 153 (m. Fußn. 479)

1) BLOMEYER, Gutachten, 1

2) BGH, VersR 68, 498 f. = NJW 68, 1185

war, ließ sich im Prozeß nicht feststellen. Dennoch wurde der Arzt verurteilt: Er habe schuldhaft einen groben Behandlungsfehler begangen, der geeignet gewesen sei, den Tod des Patienten herbeizuführen - also in Anwendung des eingangs erwähnten Beweislast-Grundsatzes Beweislastumkehr im Kausalitätsbereich zu Ungunsten des Arztes; den "Gegenteilsbeweis" der Nichtursächlichkeit seines Fehlers konnte der Arzt nicht erbringen.

I. Entwicklungslinien und Einzelheiten der Rechtsprechung

1. Voraussetzungen der Beweislastumkehr

In der späten Rechtsprechung des Reichsgerichts findet sich erstmals der Satz, daß ein Arzt, der seinen Patienten durch fehlerhafte Behandlung "bewußt oder in leichtfertiger Gleichgültigkeit einer Gefahr ausgesetzt" hat, die Beweislast für das Fehlen eines Ursächlichkeitszusammenhangs zwischen Fehlbehandlung und eingetretener Schädigung des Patienten trage [3]. In einer weiteren Entscheidung [4] wurde eine derartige Beweislastumkehr "insbesondere" für solche Fälle befürwortet, in denen sich der Arzt in der zuvor bezeichneten Weise verhalten hat; "bewußte oder leichtfertige Gefährdung" des Patienten durch unsachgemäße Behandlung wurde jetzt also nur als ein Beispielsfall verstanden, wo jene Beweislastumkehr angebracht sei. Ähnliche, auf eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität "im Einzelfall" [5] hinweisende Erwägungen waren bereits in vorangegangenen Entscheidungen des Reichsgerichts zur Arzthaftung erkennbar geworden [6].

Der Bundesgerichtshof hat an diese Grundsätze angeknüpft; seine einschlägige Rechtsprechung bezeichnet sich mittlerweile selbst als "gefestigt" [7], obwohl die Voraussetzungen der Beweislastumkehr im einzelnen nicht ganz einheitlich formuliert werden. So hat der BGH zunächst eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität bei "grob leichtfertigem schuldhaften Behandlungsfehler" angenommen [8]. In einer weiteren Entscheidung wurde dann hervorgehoben (unter Hinweis auf RGZ 171, 168), daß "bewußte oder leichtfertige Gefährdung"

---

3) RG, WarnRspr 41 Nr. 14 (S. 29 ff., 32)
4) RGZ 171, 168 (171)
5) vgl. RGZ 171, 171: "... gerechte Interessenabwägung im Einzelfall..."
6) Vgl. RG, SeuffA 84 Nr. 187 (S. 316 f.); RG, JW 37, 2592; RG, SeuffA 93 Nr. 97 (S. 260, 262)
7) BGH, VersR 68, 498 (499)
8) BGH, LM Nr. 25 zu § 286 (C) ZPO

des Patienten nur beispielhafte Vorbedingung jener Beweislastumkehr sei [9]. Nur wenig später hat der BGH in einem "groben Verstoß gegen die ärztlichen Pflichten", der die "nicht fernliegende Gefahr einer schweren Schädigung des Patienten heraufbeschworen" hat, einen solchen Beispielsfall gesehen [10]. Andere Entscheidungen neigen demgegenüber dazu, die Voraussetzungen dieser Beweislastumkehr "tatbestandlich", also abschließend, festzulegen. Dabei wurde abgestellt auf "leichtfertiges Verhalten" oder auf schuldhafte Begehung eines "groben Behandlungsfehlers" [11], in manchen Entscheidungen auch allein auf einen "groben Fehler" des Arztes [12]. An anderer Stelle nannte der BGH wiederum einen "groben Kunstfehler" oder eine "bewußte" (oder auch "grob leichtfertige") Gefährdung des Patienten als Vorbedingung der Beweislastumkehr [13]. Neuestens wird die Beweislastumkehr dann für statthaft erachtet, wenn der Arzt seinen Patienten "bewußt, leichtfertig oder durch groben Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst" in eine Gefahrenlage gebracht hat [14]. Im übrigen hat der BGH häufig darauf hingewiesen, zusätzliche Voraussetzung der Beweislastumkehr sei, daß die vom Verhalten des Arztes ausgehende Gefährdung zur Herbeiführung einer derartigen Schädigung, wie sie in concreto eingetreten ist, geeignet gewesen sein müsse [15].

Einschlägige Entscheidungen von Oberlandesgerichten folgen im wesentlichen dieser Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof. Auch sie gelangen dabei aber durchweg nicht zur einheitlichen Formulierung der Voraussetzungen der hier in Frage stehenden Beweislastumkehr [16]. Teilweise wird die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität einfach bei einem "schwerwiegenden Fehler" des Arztes angenommen [17].

Zusammenfassung: Vor allem die neuere Rechtsprechung ist bemüht, die Vor-

---

9) BGH, VersR 58, 849/850 = JR 59, 63 (mit zustimmender Anmerkung von BÖHMER)

10) BGH, VersR 59, 598 (601)

11) so z. B. BGH, VersR 62, 528 (529)

12) vgl. BGH, VersR 62, 960 (961); 63, 67 (68 f.); 63, 168/169; 63, 659/660; 65, 583 (584); NJW 67, 1508 f.; NJW 68, 1185

13) BGH, VersR 64, 1246 (1247); 67, 663 (664)

14) BGH, NJW 68, 2291 (2293) mit Anmerkung von HANAU (BGH, NJW 69, 553 f. enthält insoweit nur Beiläufiges)

15) vgl. BGH, VersR 62, 529; 63, 68 f.; 65, 91 (92); 67, 664, 713; NJW 67, 1508 f.; 68, 1185, 2293 ff.

16) vgl. OLG Celle, RdL 55, 44 (46) (Tierarzt); OLG Frankfurt, VersR 56, 554 (555); OLG Celle, VersR 58, 418

17) vgl. OLG Köln, VersR 68, 283

aussetzungen der Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität im Arzthaftungsrecht "tatbestandsmäßig", losgelöst von einzelfallbezogenen Erwägungen zur Beweislastverteilung, festzulegen. Diese Voraussetzungen werden allerdings nicht ganz einheitlich bestimmt. Mit Nuancen im einzelnen werden aber stets gesteigerte Pflichtwidrigkeit bzw. qualifiziertes Verschulden des Arztes als wichtigste Vorbedingung der Beweislastumkehr angesehen.

2. Begründung dieser Beweislastumkehr

Größere Divergenzen zeigen sich in der Rechtsprechung hinsichtlich der (im übrigen oft fehlenden) Begründung der hier zu erörternden Beweislastumkehr.

Das Reichsgericht begnügte sich insoweit im wesentlichen mit Wendungen wie "gerechte Interessenabwägung im Einzelfall" [18] oder berief sich einfach auf "Treu und Glauben" [19]. Der (mit der "Grundregel" der Beweislastverteilung übereinstimmende!) Grundsatz, Unklarheiten im Kausalablauf dürften nicht - qua Beweislastumkehr - zu Lasten des Arztes gehen [20], sei als "Billigkeitsregel" zu verstehen [21] und daher "nicht starr" anzuwenden [22]. Hieraus erklärt sich auch, weshalb das Reichsgericht den Fall "bewußter oder leichtfertiger Gefährdung" des Patienten als nur beispielhaft ansah und die Möglichkeit der Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität im Arzthaftungsrecht auch für abweichende Fallgestaltungen offenließ [23].

Der Bundesgerichtshof stellt vielfach gleichfalls auf derartige Erwägungen ab. "Gerechte Interessenabwägung" und "Billigkeit" sind auch hier häufig die letztlich ausschlaggebenden begründenden Worte [24]. Zunehmend erscheint daneben ein Gesichtspunkt, der vom Reichsgericht in diesem Zusammenhang nicht zur Begründung der Beweislastumkehr herangezogen wurde. Der Arzt habe - so der BGH - im Falle eines groben Behandlungsfehlers die "Gefahr der

---

18) RGZ 171, 168 (171); RG, JW 37, 2592; vgl. auch RG, WarnRspr 26 Nr. 155

19) vgl. RG, SeuffArch 84 Nr. 187

20) vgl. RGZ 78, 432 (435) und im übrigen oben § 3 II, Einleitung sowie § 3 II 2

21) RG, JW 37, 2592

22) RG, aaO

23) vgl. noch die interessante Begründung in RG, SeuffArch 93 Nr. 97 (262) (Vereitelung der "Heilungschancen")

24) vgl. BGH, VersR 58, 849 (850); 59, 598 (601); 62, 528 (529); 960 (961); 63, 168 (169); LM Nr. 25 zu § 286 (C) ZPO; vgl. auch BGH, NJW 62, 959 (dazu unten 3)

Unaufklärbarkeit" des Sachverhalts in der Kausalitätsfrage selbst herbeigeführt; es sei deshalb "gerechterweise geboten", ihm insoweit das "Beweisrisiko" aufzuerlegen [25]. Die "durch einen groben Behandlungsfehler bewirkte Undurchsichtigkeit des Kausalzusammenhangs" dürfe nicht zu Lasten des geschädigten Patienten gehen, vielmehr sei bei derartiger Fallgestaltung der Arzt "näher daran", mit dem "Beweisrisiko" im Kausalitätsbereich belastet zu werden [26]. In manchen Entscheidungen findet sich eine weitere, hier gleichfalls neuartige Begründungsvariante. Für die Fälle, in denen die Rechtsprechung bisher die Beweislast hinsichtlich der Kausalität zu Ungunsten des Arztes umgekehrt habe, sei u. a. folgender Umstand kennzeichnend gewesen: Der Arzt hätte sich in diesen Fällen "bei pflichtgemäßer Prüfung sagen müssen, die von ihm verursachte Gefahr könne gerade eine solche Schädigung des Patienten herbeiführen, wie sie später eintrat"; hätte auch ein gewissenhafter Arzt eine bestimmte Schädigungsfolge bei der Behandlung nicht in Erwägung zu ziehen brauchen, entfalle ein "wesentlicher Grund, der für die Rechtsprechung maßgebend war, die Beweislast ... umzukehren" [27].

Zusammenfassung: Eine einheitliche Begründung der Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht hat die Rechtsprechung bei dem Versuch, hier über bloße Billigkeitserwägungen hinauszugelangen, bisher nicht gefunden. Die Unsicherheit bei der Begründung eines für erstrebenswert gehaltenen Ergebnisses ist hier besonders offenkundig [28].

3. Beweislastumkehr dieser Art auch außerhalb des Arzthaftungsrechts?

In, soweit ersichtlich, bisher einer Entscheidung [29] hat der Bundesgerichtshof den hier erörterten, für die Arzthaftung von der Rechtsprechung einhellig anerkannten und befolgten Beweislast-Grundsatz verallgemeinernd auch auf einem anderen Lebensgebiet (Frage der Ursächlichkeit erwiesener schwerer Nachlässigkeit eines Schwimmlehrers für den Tod des Schwimmschülers) angewandt. Grund-

---

25) vgl. BGH, VersR 62, 961; NJW 67, 1509; 68, 1185, 2291; vgl. auch bereits oben § 4 II 2 mit Fußnote 24

26) BGH, NJW 67, 1509

27) vgl. BGH, VersR 63, 68 f.; NJW 68, 1185 (dies sei ein "weiterer, schon früher als Anzeichen richtiger Einordnung und sachgerechter Abgrenzung angeführter Gesichtspunkt")

28) vgl. besonders BGH, NJW 68, 1185;
"... erstrebte (!) Verteilung der Beweislast ..." (vgl. dazu auch SCHNEIDER, MDR 69, 4)

29) BGH, NJW 1962, 959

sätze der "Billigkeit" und eines "gerechten Interessenausgleichs" verlangten - so der BGH - bei grober Verletzung von Berufspflichten, die "ähnlich wie beim Arztberuf gerade auf die Bewahrung anderer vor Gefahren für Körper und Gesundheit gerichtet" seien, die Beweislast des Beklagten im Kausalitätsbereich.

Dieses Urteil könnte sonach Ansatzpunkt für eine weitere Ausdehnung des für Arzthaftungsfälle entwickelten Beweislast-Prinzips sein [30]. Die Bedeutung der hier in Frage stehenden Beweislast-Regel wird dadurch unterstrichen. Im Hinblick auf die thematische Begrenzung dieser Arbeit können über die Arzthaftung hinausreichende Fragen hier jedoch nur am Rande erörtert werden, zumal die Hauptbedeutung jenes Beweislast-Grundsatzes bis jetzt nach wie vor im Arzthaftungsrecht liegt.

II. Versuch einer Erklärung und Begründung der Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht

1. a. Die von der Rechtsprechung nun schon seit ungefähr 30 Jahren in Arzthaftungsfällen bestimmter Gestaltung angenommene Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität widerspricht der dem Gesetz zumindest bei deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüchen zugrunde liegenden, von ihm vorausgesetzten [31] "Grundregel" der Beweislastverteilung. Eine derartige Beweislastumkehr findet in keiner Gesetzesbestimmung unmittelbaren Rückhalt [32]. Das Gesetz macht die Beweislastverteilung bezüglich der Kausalität jedenfalls im Bereich außervertraglicher [33] Haftung an keiner Stelle auch nur andeutungs-

---

30) dazu HANAU, NJW 68, 2291 (aktuell z. B. - "Contergan"-Fall! - die Frage, ob die Arzneimittelhersteller bezüglich der Beweislastverteilung mit den Ärzten gleichzustellen sind; interessant neuerdings auch infolge eines spektakulären Falls die Apotheker-Haftung, vgl. EBERHARDT und ZIERKE, ZschrfVersW 69, 227 ff., 341); vgl. auch PRÖLSS, aaO, 96 f.

31) In § 199 S. 1 des 1. Entwurfs zum BGB war diese Grundregel ausdrücklich genannt, entspr. auch Art. 8 Schweizer. ZGB - vgl. STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 531, Fußn. 63; vgl. i. ü. oben § 1 I 1, II 1

32) vgl. HANAU, NJW 68, 2291; BLOMEYER, AcP 158, 106 ("kühne Fortbildung der Beweislastregeln") und Gutachten, 11 f. ("Beweislastumkehr extra legem"); vgl. auch HAINMÜLLER, aaO, 161, Fußn. 538 ("absolut systemwidrig")

33) anders möglicherweise bei der Vertragshaftung - §§ 282, 285 BGB; dazu oben § 5 I 1 sowie unten 4 b, aa

weise von einem Verstoß gegen Pflichten der hier in Frage stehenden Art abhängig. Man wird daher nicht annehmen können, das Fehlen einer gesetzlichen Regelung, die die genannte Beweislast-Umkehr statuiert, bedeute eine "Gesetzeslücke" im Sinne "planwidriger Unvollständigkeit" des Gesetzes, die aus dem Sinnzusammenhang gesetzlicher, die Beweislastverteilung regelnder Einzelbestimmungen durch Auslegung oder Analogie ausgefüllt werden könnte [34]. Daß eine derartige Beweislastregel möglicherweise rechtspolitisch, de lege ferenda, zu wünschen wäre, genügt zur Annahme einer entsprechenden "Gesetzeslücke" in jenem engeren rechtstechnischen Sinn nicht [35].

b. Abweichungen von der "Grundregel" der Beweislastverteilung können nicht nur durch ausdrücklichen Gesetzesbefehl (wie z. B. in §§ 282, 285 BGB) angeordnet oder dem Gesetz mit Hilfe der üblichen Interpretationsmethoden entnommen werden. Eine sachgerechte Anpassung der Beweislastregeln an die sich ständig verändernden Daseinsverhältnisse in einem technisierten Zeitalter [36] wäre sonst weitgehend unmöglich. Auch Gewohnheits- und Richterrecht sind deshalb als mögliche Grundlage regelwidriger Beweislastverteilung anzuerkennen [37], allerdings nur bei Beachtung der im Bereich der Beweislastverteilung besonders hohen Rechtssicherheits-Anforderungen [38].

c. Ob dem hier in Frage stehenden Beweislast-Grundsatz bereits gewohnheitsrechtliche [39] Geltungskraft beigemessen werden kann, erscheint zweifelhaft. Zwar besteht wenigstens im Hinblick auf die Grundzüge dieser Beweislastumkehr (Voraussetzungen!) eine ständige, "gefestigte" [40] Rechtsprechung. Soweit diese Judikatur im Schrifttum überhaupt erörtert wird, überwiegen aber Kritik oder Ab-

---

34) LARENZ, Methodenlehre, 279 ff., 303 ff.

35) LARENZ, aaO, 303 f.

36) vgl. z. B. BGH, NJW 69, 269 (274 f.) mit Anmerkung von DIEDERICHSEN zur Beweislastverteilung bei Produzentenhaftung; zu dieser Entscheidung auch REHBINDER, JuS 69, 208 ff.

37) vgl. WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 4; HAINMÜLLER, aaO, 76 (mit Fußnote 447)

38) dazu WASSERMEYER und HAINMÜLLER, jeweils aaO, sowie unten 3 a

39) zum Gewohnheitsrecht allgemein vgl. - statt aller - ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgem. Teil, insbes. § 39; STAUDINGER-BRÄNDL, Einl. zum Allgem. Teil, Rdnrn. 42 f.; vgl. auch ESSER, "Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht" in Festschr. f. F. v. Hippel, 1967, 95 ff.

40) vgl. BGH, VersR 68, 499

lehnung, zumindest in Einzelfragen [41]. Schon mit Rücksicht hierauf kann wohl von allgemeiner Anerkennung dieser Rechtsprechung - Vorbedingung ihrer gewohnheitsrechtlichen Geltung [42] - kaum gesprochen werden [43]. Vor allem aber ist es im Hinblick auf grundsätzliche methodische Überlegungen ein äußerst zweifelhaftes Unterfangen, eine ständige Gerichtspraxis, "justizielles" Gewohnheitsrecht, überhaupt ohne weiteres als echtes Gewohnheitsrecht (mit der Folge künftiger Bindung der Gerichte!) anzuerkennen [44].

d. Es empfiehlt sich daher die Untersuchung des hier in Frage stehenden Beweislastproblems unter dem Aspekt richterlicher Rechtsfortbildung. Ständiger Gerichtsgebrauch, "Richterrecht", ist unter gewissen Voraussetzungen nach moderner Methodenlehre nicht nur als weitere Rechtsquelle neben Gesetz und Gewohnheitsrecht anzuerkennen [45], sondern geradezu - pointiert ausgedrückt - als "law in action", als das "Gesetz in seinem Vollzugswert" [46], anzusehen.

Die Berechtigung der Gerichte zur Rechtsfortbildung enthält selbstverständlich keine Ermächtigung zu Entscheidungen "ad libitum". Die Rechtsprechung ist vielmehr an "Gesetz und Recht" (Art. 20 III GG [47]) gebunden. Sie ist bei der Rechtsfortbildung Prinzipien verpflichtet, die sich aus der "allgemeinen Rechtsordnung und den von ihr anerkannten allgemeinen rechtlichen Wertvorstellungen" [48] ergeben, hat sich also - sofern konkretere Ansatzpunkte fehlen - an

---

41) vgl. HANAU, NJW 68, 2291; PRÖLSS, aaO, 97; HAINMÜLLER, aaO, 161, insbesondere Fußn. 538; vgl. auch KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 617 ff.; STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 558 f.; BYDLINSKI, Probleme der Schadensverursachung, 1964, 84; GÜLDNER, Diss., 116 ff.

42) vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 39 (S. 265, 267); STAUDINGER-BRÄNDL, Einleitung, Rdnr. 43

43) auch im Hinblick auf die strengen Anforderungen, die im Bereich der Beweislastverteilung an den Nachweis eines die "Grundregel" abändernden Gewohnheitsrechts zu stellen sind; dazu HAINMÜLLER, aaO, 76 sowie unten 3

44) ESSER, Festschr. f. F. v. Hippel, 1967, insbesondere 100, 105, 112 f., 121 sowie Zusammenfassung 129 f.

45) so LARENZ, Methodenlehre, insbesondere 303 ff.; HAINMÜLLER, aaO, 51 ff. (m. umfangreichen Nachw.)

46) ESSER, aaO, 95 ff. (113) sowie - grundlegend - "Grundsatz und Norm ...", passim

47) zur verfassungsrechtlichen Problematik der Rechtsfortbildung HAINMÜLLER, aaO, 57 mit Nachweisen in Fußn. 335

48) BGHZ 11, Anhang 34 ff. (51)

allgemeinen rechtsethischen Prinzipien [49] zu orientieren. Auch wird man einen Akt der Rechtsfortbildung, der in vom Gesetz in bestimmter Weise geprägte und ausgeformte Institute eingreift und diese verändert, nur unter der Voraussetzung als zulässig erachten können, daß ohne diese Rechtsfortbildung ein "Rechtsnotstand" entstehen würde, ein "Zustand, durch den der Rechtsgedanke Schaden leidet" [50]. Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen genügen insofern also nicht.

Für die hier zur Erörterung stehenden Arzthaftungsfälle nun sind besondere Beweisschwierigkeiten des auf Schadensersatz klagenden Patienten charakteristisch [51]. Zumindest dann, wenn ein möglicherweise sogar "massiver" schuldhafter "Kunstfehler" des Arztes festgestellt ist, wird die - das erwähnte typische "Beweisrisiko" [52] hinsichtlich des Kausalitätsnachweises dem Patienten zuweisende - gesetzliche Grundregel der Beweislastverteilung wohl allgemein als äußerst unzulänglich empfunden [53]. Würde bei derartiger Fallgestaltung an dieser Regel festgehalten, könnte hier von einem "Rechtsnotstand" im oben erwähnten Sinne durchaus gesprochen werden.

Die hier fragliche Beweislast-Umkehr wäre somit als legitime Rechtsfortbildung anzuerkennen, wenn sie sich auf Prinzipien [54] zurückführen ließe, wie sie oben skizziert wurden. Die einschlägige Rechtsprechung bringt indessen nicht eindeutig zum Ausdruck, welchen Grundsätzen sie sich insoweit hier verpflichtet fühlt [55]. Immerhin bietet sie für die Auffindung und nähere Darstellung hier in Betracht zu ziehender Prinzipien einige Anhaltspunkte. Vor Erörterung von Grundsätzen zur Beweislastverteilung, welche vielleicht die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität im Arzthaftungsrecht rechtfertigen könnten, soll aber noch eine weitere Frage kurz untersucht werden. Möglicherweise lassen sich nämlich die hier von der Rechtsprechung mit Hilfe einer Umstellung der Beweislast erzielten Ergebnisse auch anderweitig, und zwar auf ausschließlich ma-

---

49) vgl. LARENZ, Methodenlehre, 314 ff.

50) LARENZ, aaO, 320

51) vgl. oben § 1 II 2

52) vgl. DIEDERICHSEN, VersR 66, 211 ff.

53) dazu noch unten 3 a

54) Prinzipien, die durch richterlichen "Transformationsakt" (vgl. LARENZ, Methodenlehre, 130; ESSER, Grundsatz und Norm, 63, 74 und passim) geltendes Recht werden; zu den Arten dieser Prinzipien im einzelnen ESSER, aaO, 2 f., 39 ff., 87 ff., 104 ff., 107 ff., 141 ff.

55) vgl. die unterschiedlichen Begründungen in der Rechtspr. - Übersicht oben I 2

teriell-rechtlicher Grundlage, erklären und begründen.

2. Haftung für "mögliche" Kausalität?

Wird dem Arzt die Beweislast für die Nichtursächlichkeit seines Fehlers auferlegt [56], ist er im Prozeß auch bei Unaufklärbarkeit des Sachverhalts in der Kausalitätsfrage für schadensersatzpflichtig zu erklären. Er hat also dann im Ergebnis für ein nur möglicherweise schädigendes Verhalten einzustehen [57]. Daher könnten die in Fällen dieser Art von der Rechtsprechung getroffenen Entscheidungen auch als Ausdruck eines Prinzips der Abschwächung des materiellrechtlichen Kausalitätserfordernisses angesehen werden. Die Haftung für nur "mögliche" Kausalität wird von der Literatur in der Tat teilweise ausdrücklich befürwortet [58].

Danach sei § 830 I 2 BGB eine Ausprägung des Grundsatzes, daß auch für "schuldhaftes (oder sonst einen starken Haftungsgrund darstellendes), in Richtung auf den eingetretenen Schadenserfolg in der konkreten Situation gefährliches und für den entstandenen Schaden zumindest potentiell kausales Verhalten" gehaftet werde [59]. Dieses Prinzip sei in § 830 I 2 BGB nur unzureichend zum Ausdruck gekommen, seine Begrenzung auf den in dieser Bestimmung geregelten Fall der "Konkurrenz" mehrerer möglicherweise haftungsbegründender Ereignisse nicht gerechtfertigt. Der genannte Grundsatz gelte vielmehr ganz allgemein, also auch bei "Konkurrenz" eines schuldhaften Verhaltens mit einem zufälligen Ereignis (wie sie im Falle ungeklärter Verursachung besteht) [60]. Voraussetzung einer derartigen Haftung für "potentielle" Kausalität sei "gesteigerte Adäquität", "große konkrete Gefährlichkeit" des als mögliche Schadensursache in Betracht zu ziehenden Verhaltens [61]. Der Grad des Verschuldens könne für das Ausmaß jener "konkreten Gefährlichkeit" von Bedeutung sein [62]. Der "potentielle" Schädiger sei aber (in Anwendung des in

---

56) unter den oben I 1 beschriebenen Voraussetzungen

57) vgl. das Beispiel in der Einleitung dieses Kapitels

58) vor allem BYDLINSKI, Probleme der Schadensverursachung, 1964, 65 ff.; ders., österr. JBl. 59, 1 ff. (insbes. 7, 12); AcP 158, 410 ff. (insbes. 426 f.); AcP 167, 437 ff. (441); ebenso WILBURG, Elemente des Schadensrechts, 73 ff.; ders., 43. DJT, 1960, Bd. II C 16; beiläufig auch DIEDERICHSEN, 46. DJT, 1966, Bd. II E 79; ders., ZZP 81 (1968), 64; vgl. auch bereits LEO, HansRZ 23, 47

59) BYDLINSKI, Schadensverursachung, 70

60) BYDLINSKI, aaO, 80

61) BYDLINSKI, aaO, 76

62) BYDLINSKI, aaO, 75

§ 254 BGB enthaltenen "Rechtsgedankens") nur mit einem Schadensteil zu belasten, der nach dem Grad der "Verursachungswahrscheinlichkeit" zu bemessen sei [63].

Die hier erörterten Arzthaftungsfälle - gekennzeichnet durch ein "non liquet" in der Kausalitätsfrage - könnten auf der Grundlage dieser Haftungstheorie in vieler Beziehung befriedigend gelöst werden: In diesen Fällen ist die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und eingetretener Schädigung des Patienten tatsächlich nur eine "potentielle"; erhöhte Pflichtwidrigkeit bzw. qualifiziertes Verschulden [64] könnten im Rahmen dieser Lehre als Ausdruck "gesteigerter Adäquität" angesehen werden. Der hier in besonderem Maße ausgeprägte "Beweisnotstand" des Klägers und die Fragwürdigkeit der Versuche, diesen Beweisschwierigkeiten anderweitig (Stichwort: Beweiserleichterungen) abzuhelfen, legen ein solches "Ausweichen" auf einen materiell-rechtlichen Lösungsweg nahe [65]. Allerdings könnte man auf diesem Weg, wie erwähnt, lediglich zu einer teilweisen Haftung des Arztes gelangen - insofern im Widerspruch zur Rechtsprechung, die, von ihrem Standpunkt (Beweislastumkehr) aus folgerichtig, stets volle Ersatzpflicht angenommen hat [66].

Ein so allgemeines Prinzip der Haftung auch bei nur "möglicher" Kausalität wird sich aber nicht mit dem gesetzlichen Schadenshaftungssystem vereinbaren lassen. § 830 I 2 BGB ist, im Rahmen des gesamten Haftpflichtrechts gesehen, eine auf eine bestimmte, eng umgrenzte Fallgestaltung beschränkte Ausnahmevorschrift [67]. Diese Norm kann daher wohl kaum gesetzlicher Ansatzpunkt für eine derartige Ausweitung der Haftungsbestimmungen [68] sein, wie sie bei Anerkennung einer Haftung für "mögliche" Kausalität eintreten würde. Im übrigen dürfte zwar tatsächlich jeder eine Schadensersatzpflicht statuierende gesetzliche

---

63) BYDLINSKI, Schadensverursachung, 87; ebenso WILBURG, 43. DJT, II C 16; LEO, HansRZ 23, 47

64) vgl. die Voraussetzungen der von der Rechtsprechung hier angenommenen Beweislastumkehr, oben I 1

65) BYDLINSKI, aaO, 81 ff.; vgl. auch BAUR, RabelsZschr 1968, 158; DIEDERICHSEN, VersR 66, 211 ff.; ESSER, in "Freiheit und Bindung ...", 78

66) auch dies Ausdruck des "Alles oder nichts"-Prinzips

67) vgl. RGZ 67, 260 (261); 102, 316 (319) ("Sondervorschrift"); ESSER, 2. A., 902; ERMAN-DREES, Anm. 5 c zu § 830

68) vgl. dazu (allgemein) auch EKELÖF, ZZP 75, 297; SCHREIBER, Theorie des Beweiswerts, 13

Tatbestand auf einem "Zusammenspiel" mehrerer "Haftungselemente" beruhen [69]. Es ist aber äußerst fraglich, ob allgemein angenommen werden kann, daß "für die Verantwortlichkeit nicht das Zusammentreffen aller oder bestimmter Elemente erforderlich ist, sondern beliebige Verbindungen genügen können" (und deshalb unter den genannten Voraussetzungen - "gesteigerte Adäquität" etc. - das Kausalitätserfordernis "aufgelockert" werden kann) [70]. Haftungsnormen wie etwa § 823 BGB begnügen sich nach dem eindeutigen Gesetzesbefehl nicht mit nur "möglicher" Kausalität [71].

Das sog. "Präventionsprinzip" mag zwar für die genannte Theorie sprechen [72]. Der Präventionsgedanke hat jedoch im Hinblick auf Sinn und Zweck zivilrechtlich begründeter Schadensersatzpflicht nur untergeordnete Bedeutung; es überwiegt der "Ausgleichszweck" des Schadensersatzrechts [73]. So ist auch § 830 I 2 BGB nicht als besonders charakteristische Ausprägung des Präventionsgedankens aufzufassen; diese Bestimmung will vielmehr lediglich - im Interesse gerechten Schadensausgleichs - Beweisschwierigkeiten in der Frage der Täterschaft überwinden [74].

Beweislastumkehr im Kausalitätsbereich und Haftung für "mögliche" Kausalität sind dogmatisch nicht gleichzusetzen [75]. Es bleibt aber der Gesichtspunkt, daß mit Hilfe der verschiedenen Formen der Beweiserleichterung, vor allem mittels der genannten Beweislastumkehr, im praktischen Ergebnis gleichfalls eine Ein-

---

69) vgl. WILBURG, Elemente, passim, insbesondere 28 ff.; BYDLINSKI, Schadensverursachung, 72 ff., 76, 90; vgl. auch ESSER, DRWiss 42, 65 f.; ders., AcP 151, 555 f.; STAUDINGER-WERNER, Vorbem. 2 vor § 249 ("de lege ferenda vielleicht richtunggebend")

70) BYDLINSKI, aaO; vgl. auch LAUENSTEIN, NJW 61, 1661 f. (1662), dagegen ausführlich BYDLINSKI, aaO, 72 f.; vgl. noch BGH, NJW 54, 913 ("Eine Haftung aus 'allgemeinen Grundsätzen' kennt das geltende Recht nicht."); vgl. auch (allgemein-methodisch) ESSER, Grundsatz und Norm, 267; vgl. im übrigen die Zitate unten Fußn. 76

71) BGHZ 2, 138 (140): Die Annahme, daß der Schaden durch ein Verhalten "möglicherweise" oder "vielleicht" verursacht worden sei, reicht zur Bejahung der Ersatzpflicht nicht aus.

72) vgl. BYDLINSKI, Schadensverursachung, 80; vgl. auch PRÖLSS, aaO, 76

73) vgl. statt aller ESSER, 3. A., I, 266 ff. (267); STAUDINGER-WERNER, Vorbem. 73 vor § 249; LARENZ, NJW 59, 865; vgl. auch noch den Gedanken der "Gewinnabwehr" (HECK, Schuldrecht, 48)

74) vgl. RGZ 121, 400 (402 f.); BGHZ 25, 271 (273); ERMAN-DREES, Anm. 5 a zu § 830; ESSER, 3. A., II, 407 (mit Fußnote 5)

75) dazu auch unten 5 b

standspflicht für eine nur möglicherweise verursachte Schädigung begründet werde [76]. Das in einer Abschwächung des Kausalitätserfordernisses bestehende Haftungsprinzip ginge aber erheblich weiter. Es wäre nicht auf diejenigen Fallgestaltungen zu begrenzen, bei denen die Rechtsprechung auf Grund der Besonderheiten der jeweiligen Fallgruppe oder sogar des betreffenden Einzelfalls Beweiserleichterungen zum Zuge kommen läßt. Außerdem bestünde bei Anerkennung dieses Prinzips die Gefahr, daß die Gerichte Entlastungsmöglichkeiten, die dem in Anspruch Genommenen im Rahmen jener Beweiserleichterungen zur Verfügung stehen (etwa "Gegenteilsbeweis" im Falle der Beweislastumkehr), beweismäßig nicht mehr voll ausschöpfen; wenigstens eine Teilhaftung des Beklagten wäre unter den genannten Voraussetzungen ja bereits bei Feststellung "möglicher" Kausalität zu bejahen!

Aus diesen Gründen wird eine Haftung für "mögliche" Kausalität in der zuvor erläuterten Form abzulehnen sein [77]. Das in der hier erörterten Fallgruppe von der Rechtsprechung mittels einer Beweislastumkehr erzielte Ergebnis (Haftung des Arztes) kann daher nicht mit einer materiell-rechtlich begründeten Lockerung des Kausalitätserfordernisses begründet und gerechtfertigt werden. So hat denn auch die einschlägige Rechtsprechung stets ausschließlich auf Erwägungen zur Beweislastverteilung abgestellt. Überlegungen, die auf jenes Prinzip der Haftung für "mögliche" Kausalität hinweisen könnten, sind in keiner der hierher gehörenden Entscheidungen, soweit ersichtlich, zum Ausdruck gekommen [78]. Wenn überhaupt, läßt sich die von der Rechtsprechung angenommene Beweislastumkehr also nur mit grundsätzlichen Erwägungen zur Beweislastverteilung rechtfertigen.

3. Beweislastverteilung nach "Billigkeit" oder "Zumutbarkeit"?

a. Die Rechtsprechung erweckt im vorliegenden Zusammenhang teilweise den Eindruck, als könnten bereits einzelfallbezogene Billigkeitserwägungen eine von

---

76) BYDLINSKI, aaO, 81 ff.; vgl. auch STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 559 sowie die in Fußn. 65 Genannten

77) ebenso STOLL, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 41 (vgl. auch Fußn. 121 daselbst); DEUTSCH, JZ 66, 556 ff. (557); HANAU, NJW 68, 2291; LAUENSTEIN, NJW 61, 1662; vgl. auch GERNHUBER, JZ 61, 148 ff. (150 f.); LARENZ I, 172 ("problematisch"); DIEDERICHSEN, VersR 66, 220 (anders ders., ZZP 81, 64); ESSER, 2. A., 903

78) vgl. die Rechtsprechungs-Übersicht oben I 1, 2

der "Grundregel" abweichende Beweislastverteilung rechtfertigen [79]. Vom Ergebnis her gesehen erscheint dies verständlich [80]: Hat ein Arzt schuldhaft einen zur Herbeiführung einer derartigen Schädigung des Patienten geeigneten, möglicherweise sogar groben Fehler begangen, wird es wohl allgemein [81] als "unbillig" oder auch als "unzumutbar" empfunden, dem Patienten bei solcher Sachlage die Beweislast für die Kausalität jenes Fehlers aufzuerlegen; Schadensersatzansprüche des Patienten würden dann nämlich sehr oft an der Unmöglichkeit des Kausalitätsnachweises [82], trotz erwiesenem (schwerem) Fehler des Arztes, scheitern.

Das "Grundgebot der Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des anderen" [83], als dessen Ausdruck vor allem § 242 BGB angesehen wird, gilt zwar grundsätzlich auch im prozessualen Bereich [84]. Die Verteilung der Beweislast aber darf nicht Gegenstand einer "Fallgerechtigkeit" werden, zu der das Billigkeitsprinzip sehr oft (ver-)führt [85]. In Fragen der Beweislast gibt es "nur ein starres Entweder-Oder, keine quantitative Abstufung" [86]. Dem wird die bekannte "Grundregel" der Beweislastverteilung gerecht, nach der [87] jede Partei die Beweislast für diejenigen Umstände trägt, die tatbestandliche Voraussetzung der von ihr begehrten Rechtsfolge sind. Wie nach dieser Regel hat die Beweis-

---

79) vgl. RGZ 171, 168 (171); BGH, VersR 58, 849 f.; vgl. im übrigen die Rechtspr.-Nachweise oben I 1, 2

80) vgl. bereits oben II 1 d

81) Auch von medizinischer Seite! Vgl. etwa FISCHER, Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie, 1961, 878 ff. (883)

82) der oft auch mit Hilfe der in den vorangegangenen Kapiteln erörterten Beweiserleichterungen - die alle im Kausalitätsbereich nur die Beweiswürdigung erleichtern - nicht zu führen sein wird

83) ESSER, 3. A., I, 24

84) vgl. z. B. RGZ 159, 190; 161, 359; SOERGEL-KNOPP, Rdnr. 70 zu § 242 BGB; ESSER, 2. A., 102; BAUMGÄRTEL, ZZP 69 (1956), 89 ff.; BAUR in "Summum ius, summa iniuria", 1963, 97 ff.; SELBHERR, Diss. Tüb., passim; SCHNEIDER, MDR 69, 10. - Die Frage, ob die Regeln über die Beweislast zum materiellen oder zum formellen Recht gehören, ist hier daher ohne Bedeutung; vgl. dazu HAINMÜLLER, aaO, 75 Fußn. 442 m. w. N.; DIEDERICHSEN, VersR 66, 211 ff. sowie auch unten 5 a

85) so insbes. HAINMÜLLER, aaO, 75; gegen ein zu großzügiges Abstellen auf die "Treu und Glauben-Klausel" im Prozeß allgemein auch BAUR, Summum ius, summa iniuria, 113 ff.

86) so treffend PRÖLSS, aaO, 91

87) vgl. oben § 1 I 1

lastverteilung allgemein "abstrakt", d. h. unabhängig von der Gestaltung des jeweiligen Einzelfalls, zu sein [88]. Hierfür sprechen dringende praktische Gründe. Eine Entscheidung nach der Beweislast im Falle des "non liquet" bedeutet für die beweisbelastete Partei Prozeßverlust. Soll das hierin liegende "Prozeßrisiko" abschätzbar sein, müssen die Parteien von vornherein erkennen können, für wen sich eine etwaige Unaufklärbarkeit des Sachverhalts in bestimmten Punkten nachteilig auswirkt. Nur diese Kenntnismöglichkeit gestattet ihnen - sind nach Lage des Falles unüberwindbare Aufklärungsschwierigkeiten zu erwarten - zweckmäßiges Verhalten vor oder im Prozeß [89]. Ist sich beispielsweise der Arzt, dem von seiten des Patienten Schadensersatzansprüche angedroht worden sind, darüber im klaren, daß im Rechtsstreit er die Beweislast für die Nichtursächlichkeit seines (unstreitig begangenen) "Kunstfehlers" trägt, wird dies für ihn oft Grund genug sein, einen Prozeß zu vermeiden; außergerichtliche, etwa vergleichsweise, Regulierung des Schadensfalls (meist seitens der Haftpflichtversicherung des Arztes) dürfte dann im allgemeinen vorgezogen werden.

Die Rechtssicherheit hat sonach im Bereich der Beweislastverteilung besonders große Bedeutung. Sie verbietet solche Durchbrechungen der "Grundregel", die lediglich mit einzelfallbezogenen Billigkeitserwägungen begründet werden können [90]. Die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität im Arzthaftungsrecht ist daher mit Argumenten wie "gerechte Interessenabwägung im Einzelfall" [91] nicht zu rechtfertigen. Eine derartige Begründung würde zudem Entscheidungen ermöglichen, deren eigentliche "ratio decidendi" letztlich oft unkontrollierbar bliebe [92].

b. Die hier in Frage stehende Beweislastumkehr kann somit nur auf Grundsätze gestützt werden, die vom jeweiligen Einzelfall und seinen Besonderheiten absehen. Die Rechtsprechung neigt denn auch [93] zunehmend dazu, einen - zwar

---

88) so zutreffend ROSENBERG, Beweislast, 64 f.; LEONHARD, Beweislast, 1, 128, 190; HAINMÜLLER, aaO, 74 f.; LEPA, Diss. Köln 1963, 6; THEUERKAUF, MDR 62, 449 ff.; vgl. auch BAUR, Schadensersatzrecht, 86 (hauptsächlich de lege ferenda)

89) zu diesem Gesichtspunkt besonders LEPA, aaO, auch ROSENBERG, HAINMÜLLER, jeweils aaO

90) vgl. ROSENBERG, Beweislast, 64 f.; LEPA, Diss., 6; HAINMÜLLER, aaO, 75; vgl. auch WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 4

91) so z. B. RGZ 171, 171

92) hierzu BLOMEYER, AcP 158, 106

93) vgl. die Zitate oben I Fußn. 11 ff.

bislang noch nicht ganz einheitlich formulierten [94] - "Tatbestand" aufzustellen, der "abstrakt" und abschließend die Voraussetzungen der Beweislastumkehr in der hier fraglichen Fallgruppe aufzählt. Soll den Prinzipien, die diesem "Tatbestand" möglicherweise zugrunde liegen, richterrechtliche Geltungskraft [95] zukommen, sind an deren Nachweis und Begründung aber strenge Maßstäbe anzulegen. Dies gebietet die im Bereich der Beweislastverteilung besonders wichtige Rechtssicherheit [96].

Auch im Hinblick hierauf erscheint es bedenklich, im allgemeinen Prinzip gerechter, "billiger" Interessenabwägung - jetzt bezogen auf die ganze hier zur Erörterung stehende Fallgruppe - die Rechtfertigungsgrundlage der Beweislastumkehr zu erblicken. Zudem lassen sich aus diesem allgemeinen Grundsatz kaum solche Einzelvoraussetzungen ableiten, wie sie die Rechtsprechung hier als Vorbedingung der Beweislastumkehr verlangt. Vor allem aber wäre es methodisch nicht korrekt, die theoretisch wie praktisch gleich wichtige Frage der Beweislastverteilung auf Grund eines derart allgemeinen und in seinen Konturen unscharfen Prinzips zu entscheiden, wenigstens solange nicht die Unbrauchbarkeit anderer, speziellerer und präziserer Grundsätze feststeht [97].

Der Gesichtspunkt der "Zumutbarkeit" [98] begegnet in diesem Zusammenhang denselben Einwänden. Zwar wird es besonders bei (erwiesenem) schwerem Verschulden des Arztes für den Patienten in der Tat "unzumutbar" sein, mit dem Kausalitätsbeweis belastet zu werden [99]. Der Zumutbarkeits-Grundsatz ist im ganzen gesehen aber kaum genauer als das zuvor erörterte Billigkeits-Prinzip [100]. Zumutbarkeitserwägungen können daher die hier fragliche Beweislastumkehr gleichfalls nur unzulänglich rechtfertigen [101].

---

94) vgl. die unterschiedlichen Voraussetzungen nach der Rechtspr. -Übersicht oben I 1

95) vgl. oben 1 b

96) so vor allem HAINMÜLLER, aaO, 75; WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 4

97) so zutr. PRÖLSS, aaO, 91; vgl. auch ROSENBERG, Beweislast, 64 f. sowie THEUERKAUF, MDR 62, 449 ff.

98) hierzu allgemein STAUDINGER-WEBER, B 1 ff. vor § 242

99) vgl. BLOMEYER, AcP 158, 105 f. und Gutachten, 11 f.

100) vgl. die Kasuistik in der Darstellung des Zumutbarkeits-Prinzips bei STAUDINGER-WEBER, B 1 ff. zu § 242 BGB

101) so zutreffend PRÖLSS, aaO, 105 f.; and. Ans. offenbar BLOMEYER, AcP 158, 105 f. sowie Gutachten 11 f.

4. Ableitbarkeit der Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht aus anderweitig anerkannten "Typen" der Beweislastumkehr

Bei der Suche nach präziseren und verläßlicheren Grundsätzen, auf welche die hier interessierende Beweislastumkehr vielleicht zurückgeführt werden könnte, bieten möglicherweise anderweitige "Typen" der Beweislastumkehr Anhaltspunkte. Die Begründung jener Beweislastumkehr würde entscheidend erleichtert, wenn sie sich in solche, in größerem Zusammenhang anerkannten "Typen" regelwidriger Beweislastverteilung einordnen ließe [102]. Im folgenden wird daher die Möglichkeit derartiger Einordnung untersucht.

a. Anwendungsfall der Grundsätze über die "Beweisvereitelung"?

Einige der Entscheidungen zur Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht könnten in ihrer Begründung darauf hindeuten, daß diese Beweislastumkehr als Ausprägung der Beweisvereitelungs-Grundsätze aufzufassen sei [103]. Eine Ableitung aus diesem Prinzip wird auch in der Literatur erwogen [104].

Bereits oben [105] wurde auf die Fragwürdigkeit derartiger Anwendung des Beweisvereitelungs-Prinzips hingewiesen; denn kennzeichnend für die hier maßgebliche Fallgruppe ist, daß das möglicherweise schädigende sich mit dem beweisvereitelnden (oder -erschwerenden) Verhalten des Arztes deckt [106]. Illustrativ für eine derartige Sachverhaltsgestaltung ist folgender Fall [107]: Infolge fehlerhafter ärztlicher Behandlung (unsachgemäß vorgenommene Chlorzinkstäbchen-Einlage in die Gebärmutter) war zugleich der Beweis unmöglich geworden, daß die (kinderlose) Patientin vor der Behandlung gebärfähig gewesen war. Das Reichsgericht lehnte eine auf die Grundsätze über die Beweisvereitelung ge-

---

102) vgl. etwa das methodische Vorgehen von KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 617 ff.

103) vgl. z. B. BGH, VersR 62, 960 (961); NJW 68, 1108; vgl. i. ü. die Zitate oben I 2, Fußnote 25

104) vgl. BLOMEYER, AcP 158, 105; PRÖLSS, aaO, 96 ff.; KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 620 ff.; vgl. auch SCHEFFLER, KF 59, 47; STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 550 ff.; SCHNEIDER, MDR 69, 4, 6

105) § 4 II 2

106) vgl. bereits oben § 4 II 2; treffend PRÖLSS, aaO, 96: "Herbeiführung der Unaufklärbarkeit durch die möglicherweise schadenstiftende Handlung selbst"

107) RG, JW 38, 2152

stützte Beweislastumkehr ab. In Fällen, die nach dem Beweisvereitelungs-Prinzip zu beurteilen sind, hätten die "Beweismittel mit der schadenstiftenden Handlung selbst nichts zu tun"; hier dagegen habe gerade die fehlerhafte Behandlung selbst die Unaufklärbarkeit ihrer negativen Folgen herbeigeführt [108].

Dem ist im Ergebnis beizupflichten [109]. Werden Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Beweisvereitelung in Einklang mit der oben befürworteten Meinung [110] bestimmt, ist hier über die Anwendbarkeit des Beweisvereitelungs-Prinzips rasch entschieden: In Fällen der genannten Art kann von einem Verstoß gegen Pflichten zur Herstellung und Erhaltung von Beweismitteln nicht die Rede sein; außerdem lägen die Folgen einer etwa doch angenommenen Beweisvereitelung im Bereich der Beweiswürdigung, nicht in dem der Beweislastverteilung [111]. Es wurde aber bereits ausgeführt, daß Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich der Voraussetzungen rechtlich relevanter Beweisvereitelung überwiegend großzügiger sind und außerdem vielfach als Sanktion der Beweisvereitelung eine Umkehr der Beweislast eintreten lassen [112]. Eine "herrschende Meinung", von der hier ausgegangen werden könnte, besteht im Hinblick auf die für die Beweisvereitelung maßgeblichen Grundsätze nicht [113]. Die zuletzt erwähnten Ansichten dürfen daher im vorliegenden Zusammenhang nicht außer Betracht bleiben.

Aber auch diese Ansichten führen hier zu keinem abweichenden Ergebnis. Teilweise wird die Nichtanwendung des Beweisvereitelungs-Prinzips bei der hier interessierenden Fallgruppe damit begründet, das Verhalten des Arztes sei "nur im Hinblick auf die in Frage stehenden Rechtsgutsverletzungen schuldhaft" [114]. Die Herbeiführung einer unaufklärbaren Situation dürfte aber in Fällen dieser Art oft durchaus voraussehbar sein [115]. Weiter kann an der Adäquanz der Verursachung eines solchen "Erfolgs", schon im Hinblick auf die

---

108) ähnlich auch BGH, VersR 65, 91 (92); vgl. auch RGZ 76, 295 (297)

109) ebenso PRÖLSS, aaO, 98; KLEINEWEFERS-WILTS, aaO, 621; WIECZOREK, Anm. B II d 1 zu § 282 ZPO; SCHÖNKE, ZAkDR 1939, 194

110) vgl. oben § 4 I 1, 2

111) daher zutreffend auf der Grundlage der hier vertretenen Ansicht E. PETERS, ZZP 82, 219 mit Fußn. 124: "... kein Problem der Beweisvereitelung"

112) vgl. oben § 4 I 1, 2

113) vgl. insbesondere die Übersicht bei SCHNEIDER, MDR 69, 4 ff.

114) PRÖLSS, aaO, 97; ähnlich auch BGH, VersR 65, 92 sowie BLOMEYER, AcP 158, 101

115) hierzu im einzelnen KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 621

häufig gegebene Voraussehbarkeit, in der Regel kaum gezweifelt werden [116]. Fraglich erscheint aber, ob die Pflicht zu vertragsgerechtem oder (im Bereich der Deliktshaftung) allgemein sorgfältigem Verhalten gleichzeitig auch im Sinne des Beweisvereitelungs-Verbots die Entstehung unaufklärbarer (Kausalitäts-)Verhältnisse verhindern soll. Diese Frage könnte (obwohl es sich bei der "Beweislosigkeit" kaum um einen echten "Schaden" im materiell-rechtlichen Sinn handeln dürfte [117]) im Rahmen des Problemkreises "Rechtswidrigkeitszusammenhang" liegen, der bei allen Haftungsgründen neben dem Adäquanzerfordernis normativer Maßstab für die Folgenzurechnung ist [118]. Bei § 823 I BGB etwa ist - bezogen auf die Arzthaftungsfälle - Grundlage der Norm die Pflicht [119], Leben, Körper und Gesundheit des Patienten nicht zu schädigen. Diese Pflicht aber dürfte wohl kaum auch mit Rücksicht auf die eingetretene Verhaltensfolge der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts aufgestellt sein [120], der "Schutzzweck" der Haftungsnorm diesen "Erfolg" nicht umfassen. Ebensowenig wird man annehmen können, daß der Zweck eines Vertrags [121] wie des Arztvertrags zugleich ganz allgemein [122] auch darauf gerichtet sei, den Eintritt einer dem Gläubiger nachteiligen Beweislage bei Schlechterfüllung vertraglicher Leistungspflichten zu verhindern.

Ausschlaggebend aber ist folgende Erwägung: Würden die Grundsätze über die Beweisvereitelung auch bei Herbeiführung der Unaufklärbarkeit der Kausalitätsverhältnisse durch den ärztlichen "Kunstfehler" selbst angewandt und würde hieraus eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Ursächlichkeit dieses Fehlers hergeleitet, ginge jene Beweislücke stets zu Lasten des Arztes, mit der Folge seiner

---

116) anderer Ansicht PRÖLSS, aaO, 98

117) vgl. dazu noch unten 5 b

118) vgl. statt aller ESSER, 3. A., I, 309 ff.; THOMAS RAISER, Diss. Tübingen 1962, passim; HAINMÜLLER, aaO, 133 ff.

119) die "hinter der Norm stehende Pflicht" - so treffend J. G. WOLF, Normzweck, 46; vgl. auch HERMANN LANGE, 43. DJT, Teil I, 50

120) so zutreffend KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 621; ebenso im Ergebnis PRÖLSS, aaO, 98; BLOMEYER, AcP 158, 101; and. Ans. offenbar LARENZ I, 173 (aber nur beiläufig); STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 550 ff. (aber teilweise nicht eindeutig, außerdem z. T. mit Beispielen belegt, die die hier wesentliche Eigenart - "Kongruenz" von beweisvereitelndem u. möglicherweise schadenstiftendem Verhalten - gerade nicht aufweisen)

121) hierzu (Rechtswidrigkeitszusammenhang bei Vertragshaftung) THOMAS RAISER, aaO, insbes. 23 ff., 48 ff.; vgl. auch ESSER, 2. A., 249

122) anders bei speziellen vertraglichen Nebenpflichten zur Beweismittelsicherung, vgl. BLOMEYER, AcP 158, 100

Haftung. Eigentlicher Grund dieser Haftung aber wäre nicht mehr die schuldhafte Verursachung einer Schädigung, sondern die (mit dem nur möglicherweise schadenstiftenden Verhalten "kongruente") schuldhafte Herbeiführung einer Situation der Unaufklärbarkeit bezüglich des Haftungserfordernisses der Kausalität [123]. Eine derartige "Verkürzung" der materiellen Haftungsvoraussetzungen [124] ist mit dem Beweisvereitelungs-Prinzip, ohne Rückgriff auf allgemeinere (Zurechnungs-)Gesichtspunkte [125], nicht zu begründen, zumal eine Beschränkung derartiger Anwendung des Beweisvereitelungs-Prinzips etwa auf die Arzthaftungsfälle kaum durchführbar wäre [126]. Die für die Beweisvereitelung maßgeblichen Grundsätze - so umstritten sie hinsichtlich Voraussetzungen und Rechtsfolge auch sein mögen - sollen, richtig verstanden, lediglich Nachteile ausgleichen, die der einen Partei durch illoyales Einwirken der anderen auf die Beweissituation entstanden sind (vgl. auch, als Musterfall einer Beweisvereitelung, § 444 ZPO). Aus den genannten Gründen läßt sich das Beweisvereitelungs-Prinzip aber nicht als Beweiserleichterung mit der geschilderten Funktion in Fällen des "non liquet" bezüglich der Kausalität verwenden [127].

b. Ausprägung einer Beweislastverteilung entsprechend §§ 282, 285 BGB oder nach "Gefahrenbereichen"?

aa. Im Rahmen der Haftung des Arztes aus positiver Vertragsverletzung ist nach der hier befürworteten Ansicht die Beweislast hinsichtlich der Kausalität zwischen "Kunstfehler" und eingetretener Schädigung nicht umzukehren [128]. Es wird aber auch die - auf analoge Anwendung der §§ 282, 285 BGB gestützte - Auffassung vertreten, bei positiver Vertragsverletzung sei die Beweislast auch im Kausalitätsbereich grundsätzlich dem Schuldner aufzuerlegen [129]; unter

123) vgl. PRÖLSS, aaO, 97
124) KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 621; auch WILTS, VersR 68, 516 ff. (521 ff.)
125) dazu unten 5, 6
126) vgl. denn auch BGH, NJW 62, 959 ("Schwimmeister"-Fall)
127) ebenso im Ergebnis PRÖLSS, aaO, 97 f.; KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 622; vgl. auch SCHEFFLER, KF 59, 47; SELB, KF 66, 42 ("Art Ersatzhaftung für die Verhinderung des Beweises"); ESSER, Freiheit und Bindung, 79; vgl. auch unten 5 a
128) vgl. oben § 5 II 2
129) vgl. HAINMÜLLER, aaO, 152 f. (m. w. N. in Fußn. 476); vgl. i. ü. die Übersicht oben § 5 I 1, auch ESSER, 3. A., I, 208 f.

den Voraussetzungen, welche die Rechtsprechung in der hier interessierenden Fallgruppe als Vorbedingung der Beweislastumkehr ansieht (erhöhte Pflichtwidrigkeit bzw. qualifiziertes Verschulden), treffe diese Beweislastumkehr auch den - ansonsten zu "privilegierenden"- Arzt [130]. Auf diese Weise könnte jedoch die von der Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht entwickelte Beweislastumkehr allenfalls bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen begründet werden [131]. Die Hauptbedeutung dieser Beweislastumkehr liegt nach der Judikatur aber gerade im Bereich deliktischer Haftung [132].

bb. § 282 und § 285 BGB belasten den Vertragsschuldner mit dem Beweis im Hinblick auf Vorgänge, die sich im Bereich des Schuldners abgespielt haben und die daher für den Gläubiger meist nur schwer oder überhaupt nicht durchschaubar sind ("Bereichshaftung") [133]. Eine neuere Lehre [134], der die Rechtsprechung bei der sog. Produzentenhaftung seit neuem teilweise bereits folgt [135], hält nun allgemein, also namentlich auch im außervertraglichen Schadensersatzrecht, eine Beweislastverteilung nach "Gefahrenbereichen" für erforderlich: Sei erwiesen, daß die - im einzelnen nicht zu ermittelnde - Schadensursache aus dem "Gefahrenbereich" [136] des Beklagten hervorgegangen ist, treffe diesen das Risiko der Sachverhaltsaufklärung.

Es erscheint fraglich, ob dieses Beweislast-Prinzip, wird es allgemein angewandt, also nicht auf bestimmte Fallgruppen (wie etwa die Produzentenhaftung) beschränkt, mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen ist [137]. Beim

---

130) HAINMÜLLER, aaO, 158 ff.

131) vgl. HAINMÜLLER, aaO, 160, Fußn. 537

132) für HAINMÜLLER, aaO, 161, Fußn. 538 Grund, die Rechtspr. insoweit für "absolut systemwidrig" zu erklären

133) vgl. PRÖLSS, aaO, 73; HAINMÜLLER, aaO, 157; LEPA, Diss., 131; vgl. auch oben § 5 II 2 am Ende

134) insbesondere PRÖLSS, aaO, 65 ff. (vor allem 72 ff.); vgl. auch LARENZ I, § 23 I b (aber Beschränkung auf die pos. Vertragsverletzung); KLEINE-WEFERS-WILTS, VersR 67, 624 f.

135) BGH, NJW 69, 269 (274 f.) mit insoweit zustimmender Anm. von DIEDERICHSEN; zu dieser Entscheidung auch REHBINDER, JuS 69, 208 ff.; GIESEN, NJW 69, 582 ff. (584 f.)

136) zu diesem Begriff vor allem PRÖLSS, aaO, 82 ff.; auch BGH, aaO sowie BGH, VersR 69, 470 (471)

137) vgl. HAUSS, NJW 67, 970 (Buchbesprechung); SIMITIS, Gutachten C zum 47. DJT (1968), 95; ablehnend auch HAINMÜLLER, aaO, 152, Fußn. 472; vgl. aber BGH, NJW 69, 274 f.

Versuch einer Begründung der Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht könnte aber selbst dieses Prinzip nicht weiterhelfen.

Sollen sich auf Grund des Gefahrenbereichs-Gedankens für den Schadensersatzkläger Beweiserleichterungen ergeben (gleichgültig, bezüglich welcher Haftungsvoraussetzungen im einzelnen), muß dieser nämlich nachweisen, daß die Schädigung im Gefahrenbereich des Beklagten ihren Ursprung gehabt hat; nur die Schadensursache im einzelnen braucht er nicht zu beweisen [138]. Auch der erstgenannte Beweis aber wird sich in Arzthaftungsfällen häufig nicht erbringen lassen [139]. Oft ist dort gerade strittig und unaufklärbar, ob nicht beispielsweise ein von außen hinzugetretener Umstand, die (für den Arzt möglicherweise nicht erkennbare) besonders anfällige Konstitution des Patienten, ein "mitgebrachtes" Leiden und dgl. die eigentliche Ursache der Schädigung waren [140]. Man wird daher bei Unaufklärbarkeit der Kausalzusammenhänge in Arzthaftungsfällen kaum sagen können, die Schadensursache stamme - trotz Ungeklärtheit im einzelnen - stets aus dem "Gefahrenbereich" des Arztes [141]. Zwar wäre denkbar, zum Gefahrenbereich des Schuldners im Rahmen des erwähnten Beweislast-Prinzips allgemein auch Umstände zu rechnen, die "von außen" schädigend in die Schuldner-Sphäre "hineingewirkt" haben [142]. Dann aber könnte der Begriff "Gefahrenbereich" die abgrenzende Funktion nicht mehr ausreichend ausüben, die in diesem Zusammenhang seine Hauptaufgabe ist [143]. Auch hätte eine derartige Ausweitung des für die Beweislastverteilung auf Grund der genannten Maxime entscheidenden Begriffs des Gefahrenbereichs hier zur Folge, daß Lücken im Kausalitätsnachweis im Gegensatz zu der von der Rechtsprechung zu Recht ständig vertretenen Ansicht [144] wohl stets zu Lasten des Arztes gingen; denn dessen "Gefahrenbereich" würde dann regelmäßig diejenigen, die Kausalität des "Kunstfehlers" in Frage stellenden Umstände mit einschließen, die - wie zuvor erwähnt - in Arzthaftungsfällen typischerweise die Ursache eines "non liquet" im Ursächlichkeitsbereich sind.

Schließlich wäre bei Zugrundelegung des genannten Beweislast-Prinzips nicht

---

138) vgl. PRÖLSS, aaO, 82; HAUSS, NJW 67, 970

139) so zutreffend PRÖLSS, aaO, 97

140) gutes Beispiel hierfür BGH, NJW 69, 553 f.

141) vgl. PRÖLSS, aaO, 97; vgl. auch KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 624; BYDLINSKI, Probleme der Schadensverursachung, 88; LARENZ I, § 23 I b

142) so KLEINEWEFERS-WILTS, aaO

143) vgl. PRÖLSS, aaO, 82 ff.; vgl. auch BYDLINSKI, aaO; GÜLDNER, Diss., 128 ff.; and. Ans. dagegen KLEINEWEFERS-WILTS, aaO

144) von RGZ 78, 432 (435) bis BGH, NJW 69, 553 (554)

zu begründen, weshalb die Rechtsprechung als Voraussetzung der hier fraglichen Beweislastumkehr stets eine bestimmte Intensität des Pflichtverstoßes bzw. einen bestimmten, erhöhten Grad des Verschuldens verlangt hat [145]. Jenes Prinzip beruht auf der Unterscheidbarkeit und Abgrenzbarkeit von "Verantwortungsbereichen", "Gefahrenkreisen" [146] der Parteien auf Grund objektiver, verhaltensunabhängiger Kriterien. Eine sich an diesem Prinzip orientierende Beweislastverteilung könnte daher wohl kaum am Verhalten des Beklagten anknüpknüpfen [147]; sie wäre jedenfalls unabhängig vom Ausmaß der Gefährdung, die von diesem Verhalten ausgegangen ist. Gerade dies sind aber die ausschlaggebenden Anknüpfungspunkte für die von der Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht entwickelte Beweislastumkehr.

c. Anwendbarkeit der Grundsätze über die Beweislastumkehr bei Verstoß gegen Schutzvorschriften?

aa. Bei Verletzung von Schutzgesetzen im Sinne von § 823 II BGB hat die Rechtsprechung gelegentlich angenommen, der Beklagte habe zu beweisen, daß seine Zuwiderhandlung nicht die Schadensursache gewesen sei [148]. Vielfach wird in diesem Zusammenhang allerdings zwischen Beweislastumkehr und Anscheinsbeweis nicht klar unterschieden [149]. Andere Entscheidungen lehnen jene Beweislastumkehr ausdrücklich ab [150]. Der letztgenannten Ansicht ist auch der über-

145) insoweit übereinstimmend KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 625

146) vgl. PRÖLSS, aaO, 77, 79, 82; vgl. auch BGH, NJW 69, 274 f. und VersR 69, 471; vgl. zu der erstgenannten Entscheidung in diesem Zusammenhang auch REHBINDER, JuS 69, 211

147) in BGH, NJW 69, 269 ff. wurde denn auch gerade auf Grund der Herkunft der Schadensursache aus dem Gefahrenbereich des beklagten Produzenten eine Beweislastumkehr hinsichtlich dessen Verhalten (Fahrlässigkeit) angenommen

148) vgl. RGZ 10, 11 (14); 97, 12 (15); RG, Warn 09 Nr. 208; Recht 19 Nr. 167; BGH, VRS 12, 258 (260)

149) so etwa in RG, Warn 10 Nr. 329; JW 16, 38; JW 28, 1046; BGH, VersR 56, 492

150) vgl. RGZ 52, 119 (126); RG, JW 31, 3327 (3329); BGH, VersR 57, 429 (430); 59, 277 (278); vgl. noch die weiteren Rechtsprechungs-Nachweise bei HAINMÜLLER, aaO, 150, Fußn. 451 f.

wiegende Teil des Schrifttums [151].

Größere Einheitlichkeit zeigt die Rechtsprechung in der Frage der Beweislastverteilung bei Verstoß gegen (von den betr. Berufsgenossenschaften aufgestellte) Unfallverhütungsvorschriften [152]. Nur wenige Entscheidungen deuten hier auf einen bloßen Anscheinsbeweis hin [153]. Vor allem die neuere Rechtsprechung nimmt in diesem Zusammenhang hingegen überwiegend eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität an [154]. Die Literatur widerspricht dem nur vereinzelt [155].

Ebenso hat die Rechtsprechung bei Verletzung der dem Dienstberechtigten gemäß § 618 BGB obliegenden Fürsorgepflichten [156] zu Gunsten des geschädigten Dienstverpflichteten häufig die Beweislast im Kausalitätsbereich umgekehrt [157]. Das Schrifttum billigt überwiegend diese Judikatur [158].

bb. Die genannten "Typen" der Beweislastumkehr haben miteinander gemeinsam, daß in ihrem Anwendungsbereich die regelwidrige Verteilung der Beweislast als Folge eines Verstoßes gegen Pflichten bestimmter Art angenommen wird. In den hier in Frage stehenden Arzthaftungsfällen hat die Beweis-

---

151) vgl. SOERGEL-SCHRÄDER, Rdnr. 488 zu § 823; RGRK (HAAGER), Anm. 9 zu § 823; ROSENBERG, Beweislast, 356; GEIGEL, Haftpflichtprozeß, Kap. 12 Rdnr. 7; PRÖLSS, aaO, 101 ff.; HAINMÜLLER, aaO, 150 f.

152) die keine Schutzgesetze i. S. von § 823 II BGB sind, vgl. RGZ 95, 238 (240); BGH, VersR 61, 160 (161)

153) vgl. RGZ 95, 240; JW 29, 1461; BGH, VersR 53, 335

154) vgl. RGZ 128, 320 (329); BGH, VersR 55, 105; 59, 565; 63, 835 (836); 64, 942 (944); OLG Bamberg, VersR 67, 679

155) vgl. PRÖLSS, aaO, 104; zustimmend dagegen RGRK (HAAGER), Anm. 60 vor § 823 BGB (im übrigen fehlen, soweit ersichtlich, Stellungnahmen der Standardliteratur weitgehend)

156) oder bereits bei Vorliegen eines ordnungswidrigen Zustands der Arbeitsstätte, vgl. WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 83

157) vgl. RGZ 138, 37 (38 f.) (= JW 33, 1646 mit Anm. NIPPERDEY); RG, JW 35, 2714; 36, 803; 37, 2849; HRR 34 Nr. 1667; BGHZ 27, 79 (84) ("Lotsen"-Fall); BAG, BB 55, 637; teilweise abweichend (Anscheinsbeweis) RGZ 95, 103 (104); RAG, JW 36, 475; BAG, AP Nr. 1 zu § 618 BGB

158) vgl. PALANDT, Anm. 3 d zu § 618; SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, Rdnr. 29 zu § 618; RGRK (DENECKE), Anm. 11 zu § 618; WASSERMEYER, aaO, 83 f.; and. Ans. PRÖLSS, aaO, 105; GÜLDNER, Diss., 100; vgl. noch STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, Rdnr. 46 vor § 618

lastumkehr vergleichbare Voraussetzungen; denn sie knüpft an die Verletzung der ärztlichen Berufspflichten ("Kunstfehler") an [159]. Möglicherweise ist somit die Rechtsprechung zur Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität im Arzthaftungsrecht in diesem Zusammenhang zu sehen.

Soweit bei den erwähnten Fallgruppen eine Beweislastumkehr befürwortet wird, werden folgende Erwägungen als hierfür maßgebend erachtet: Im Falle des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz (§ 823 II BGB) folge - sofern die Schutznorm ein bestimmtes Verhalten ausdrücklich vorschreibe und detailliert regle [160] - aus dem Schutzzweck einer solchen Bestimmung zugleich auch die dem Zuwiderhandelnden nachteilige Beweislastverteilung [161]. In ähnlicher Weise ergebe sich bei § 618 BGB die regelwidrige Beweislastverteilung aus dem "sozialen Schutzcharakter" dieser Norm [162].

Ein Arzt nun, der einen "Kunstfehler" begeht, verletzt damit selbstverständlich keine gesetzliche Vorschrift mit so ausgeprägtem "sozialen Schutzcharakter" wie § 618 BGB; er übertritt dabei in aller Regel auch kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB, das den im vorliegenden Zusammenhang zu stellenden Anforderungen (vor allem dem Erfordernis detaillierter Verhaltensnormierung) genügt [163]. Die unmittelbare Einordnung der Arzthaftungsfälle in die beiden zuvor genannten Fallgruppen ist daher nicht möglich.

cc. Es verbleibt die erwähnte Rechtsprechung zur Beweislastumkehr bei Übertretung von Unfallverhütungsvorschriften. Diese Vorschriften stellen nach allgemeiner Ansicht den "Niederschlag der in einem Gewerbe gemachten Betriebserfahrungen" dar [164]. Sie zeigen "gewisse typische Gefährdungsmöglichkeiten innerhalb eines Gewerbebetriebs" auf [165]; ihre Befolgung bietet "nach der Erfahrung eine erhöhte Sicherheit gegen Betriebsunfälle" [166]. Daher spricht eine "Vermutung" für die Schadensursächlichkeit des Zuwiderhandelns, wenn die Übertretung der betr. Unfallverhütungsvorschrift zur Herbeiführung einer der-

159) vgl. die Rechtsprechungs-Übersicht oben I 1
160) vgl. RGZ 97, 15; WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 79
161) vgl. RG, aaO; WASSERMEYER, aaO, 73 ff. (79 ff.) ("aus dem Gesetz hergeleitete Vermutung")
162) vgl. RGZ 138, 38 f.; BGHZ 27, 84; WASSERMEYER, aaO, 83; vgl. auch GÜLDNER, Diss., 109, 129
163) hierzu auch KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 623
164) vgl. statt aller RGZ 95, 240; BGH, VersR 63, 636
165) BGH, VersR 53, 336
166) RGZ 95, 240

artigen Schädigung, wie sie in concreto entstanden ist, allgemein geeignet war [167].

Auch die allgemein anerkannten ärztlichen "Kunstregeln" bezwecken zu einem großen Teil letztlich nichts anderes als die Verhütung "medizinischer Unfälle" [168] (Grundsatz des "primum nil nocere"!). Allerdings sind derart verläßliche, präzis formulierbare und detaillierte Erfahrungssätze, wie sie den gewerblichen Unfallverhütungsvorschriften zugrunde liegen, in der Medizin nur selten anzutreffen [169]. Aus diesem Grund kommt in Arzthaftungsprozessen ja auch der Anscheinsbeweis nicht sehr häufig zum Zuge [170]. Immerhin wird man wenigstens bei Verstößen gegen grundlegende, "elementare" Regeln der ärztlichen Kunst, also bei "massivem" Kunstfehler [171], sagen können, daß sich in solchen Fällen der Schluß auf die Schadensursächlichkeit des pflichtwidrigen ärztlichen Verhaltens sehr häufig in ähnlicher Weise wie im gewerblichen Bereich bei Übertretung von Unfallverhütungsvorschriften "förmlich aufdränge" [172]. Außerdem hat die Rechtsprechung auch im Arzthaftungsrecht häufig als Vorbedingung der Beweislastumkehr verlangt, daß das fehlerhafte Verhalten zur Herbeiführung einer derartigen Schädigung geeignet war [173].

Parallelen dieser Art deuten darauf hin, daß die Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes und die Beweislastumstellung bei Verstoß gegen Unfallverhütungsvorschriften möglicherweise auf demselben umfassenderen Beweislast-Prinzip beruhen.

dd. Wird gegen Unfallverhütungsvorschriften verstoßen, besteht (auf Grund der Eigenarten dieser Vorschriften) generell eine besonders hohe Wahrscheinlichkeit

---

167) vgl. RGZ 128, 320 (329); BGH, VersR 55, 106; 59, 566; 61, 161; 64, 944; vgl. auch OLG Bamberg, VersR 67, 679. - Häufig werden bei solcher "Schädigungseignung" auch die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises gegeben sein; dieser ist aber recht leicht zu "erschüttern" - vgl. oben § 3 I 1, II 2 am Ende -, die Beweislastumkehr daher "effektiver"

168) so zutreffend KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 623

169) vgl. oben § 1 II 2, § 3 II 2

170) vgl. KLEINEWEFERS-WILTS, aaO; oben § 3 II 1, 2

171) und einen "groben" Kunstfehler hat die Rechtspr. ja stets als Voraussetzung der Beweislastumkehr verlangt, vgl. oben I 1

172) KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 623

173) vgl. BGH, VersR 62, 529; 63, 68 f.; 65, 92; 67, 667, 713; NJW 67, 529; 68, 1185, 2293. - Auch hier wird ein Anscheinsbeweis häufig an der Möglichkeit der Darlegung eines "atypischen" Geschehensablauf im Einzelfall scheitern, vgl. oben § 3 II 2 am Ende

für die Schadensursächlichkeit der Zuwiderhandlung. Auf diesen Grundgedanken lassen sich die oben [174] angeführten Erwägungen der einschlägigen Rechtsprechung zurückführen [175]. In Fällen nun, in denen ein Arzt einen groben [176] "Kunstfehler" begangen hat und im Anschluß an die fehlerhafte Behandlung eine Schädigung des Patienten eingetreten ist, die ihrer Art nach auf einen solchen Fehler zurückgeführt werden könnte, spricht in ähnlicher Weise wohl allgemein eine sehr große Wahrscheinlichkeit dafür, daß der ärztliche Fehler die Schadensursache war [177]. In beiden Fallgruppen könnte also die Beweislastumkehr auf Wahrscheinlichkeitserwägungen beruhen.

Wahrscheinlichkeitsüberlegungen liegen vielfach auch der gesetzlichen Beweislastverteilung, soweit diese die "Grundregel" ausdrücklich durchbricht, zugrunde. So ist gemäß § 891 BGB derjenige, der sich auf die Eintragung oder Löschung eines Rechts im Grundbuch berufen kann, von der Beweislast für das Bestehen oder Nichtbestehen dieses Rechts befreit. Einer der Gründe dieser Beweislastregelung ist die (von den besonderen Sicherheitsgarantien des grundbuchamtlichen Eintragungsverfahrens getragene) hohe Wahrscheinlichkeit der Übereinstimmung von Grundbuchstand und wirklicher Rechtslage [178]. In ähnlicher Weise rechtfertigen Wahrscheinlichkeitserwägungen die (regelwidrige) Beweislastverteilung beispielsweise in § 2365 BGB ("Vermutungsfunktion" des Erbscheins) sowie in §§ 938, 1006, 1117 III, 1253 II 1 BGB (an den Besitz geknüpfte Vermutungen) [179].

In diesen Beispielsfällen handelt es sich zwar zum großen Teil um sog. Rechtsvermutungen. Im vorliegenden Zusammenhang dürfte aber insoweit von Bedeutung sein, daß Rechte wie das Eigentum prozessual oft geradezu als "juristische Tatsachen" angesehen werden [180]. Im übrigen bestätigen die §§ 1117 III, 1253 II 1 BGB, daß reine Tatsachenvermutungen in gleicher Weise auf Wahrscheinlichkeitserwägungen beruhen können.

---

174) cc mit Fußn. 164 - 167

175) vgl. WEITNAUER, KF 66, 15 f.; KLEINEWEFERS-WILTS, aaO, vgl. auch PRÖLSS, aaO, 103 f.

176) ein "einfacher" Kunstfehler wird ein solches verallgemeinderndes Wahrscheinlichkeitsurteil nicht rechtfertigen; hier könnte aber u. U. ein Anscheinsbeweis helfen, vgl. oben § 3 II

177) vgl. WEITNAUER, KF 66, 16; vgl. auch EKELÖF, ZZP 75 (1962), 297 f.

178) hierzu LEPA, Diss., 136 m. w. N.; vgl. auch Motive III, 154

179) vgl. LEPA, aaO, 136 f. m. w. N.

180) dazu insbesondere STEIN-JONAS (SCHUMANN-LEIPOLD), Anm. II 2 a zu § 282 ZPO; BAUMBACH-LAUTERBACH, Einf. 4 C vor § 282 ZPO (jurist. "Urteile")

Die erwähnten gesetzlichen Beispiele regelwidriger Beweislastverteilung zeigen, daß Wahrscheinlichkeitserwägungen zu einer Vermutung, zu einer Beweislastumkehr Anlaß geben können und daß das so verstandene "Wahrscheinlichkeitsprinzip" [181] Bestandteil des geltenden Rechts ist. Es liegt daher nahe, dieses Prinzip, über die gesetzlich geregelten Fälle hinausgehend, allgemein als mögliche Grundlage einer Beweislastumkehr anzuerkennen [182].

Die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität im Arzthaftungsrecht läßt sich, wie ausgeführt, deshalb als Ausprägung des genannten Wahrscheinlichkeitsgrundsatzes verstehen, weil zumindest bei Verstößen gegen "elementare Kunstregeln" generell ein Wahrscheinlichkeitsschluß im Hinblick auf die Schadensursächlichkeit derartiger, zur Schädigung geeigneter Fehler gerechtfertigt sein wird [183]. Bei Zugrundelegung dieses Prinzips der Beweislastverteilung wäre aber nicht zu erklären und zu begründen, weshalb die Rechtsprechung die Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht meist auch von Verschuldensmomenten abhängig gemacht hat [184]. Erwägungen normativ-wertender Art zur Frage der Vorwerfbarkeit sind notwendigerweise stets einzelfallbezogen, situationsgebunden [185]. Solche Erwägungen haben im Rahmen genereller und dazuhin rein empirischer Wahrscheinlichkeitssätze keinen Platz [186].

Der zuletzt angeführte Umstand deutet darauf hin, daß die hier in Frage stehende Beweislastumkehr allein mit dem "Wahrscheinlichkeitsprinzip" nicht befriedigend zu erklären und zu rechtfertigen ist. Im übrigen könnte eine ausschließlich auf dieses Prinzip gestützte Begründung dem Einwand begegnen, daß das "Wahrscheinlichkeitsprinzip" im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse wegen der Unberechenbarkeit der dort zu beurteilenden Vorgänge [187] keine zufriedenstellende Grundlage einer Beweislastumkehr sei.

Aus diesen Gründen wird jene Beweislastumkehr nur dann als legitime Rechtsfortbildung anzuerkennen sein, wenn sie noch auf ein weiteres Beweislast-Prinzip zurückgeführt werden kann.

---

181) zu diesem Prinzip in anderem Zusammenhang (Beweiswürdigung - richterliche Überzeugung) vgl. bereits oben § 1 II 3 a

182) vgl. BAUR, RabelsZschr 1968, 161; WEITNAUER, KF 66, 13 ff.; vgl. auch EKELÖF, ZZP 75 (1962), 298; KEGEL, Festg. f. Kronstein, 339, 344

183) vgl. WEITNAUER, aaO, 16; auch KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 623

184) vgl. z. B. RGZ 171, 168 ff.; BGH, LM Nr. 25 zu § 286 (C) ZPO; BGH, VersR 62, 528 (529); 67, 663 (664); NJW 68, 2291 (2293); vgl. im übrigen die Rechtspr.-Übersicht oben I 1

185) vgl. oben § 1 I 3 a

186) so zutreffend KLEINEWEFERS-WILTS, aaO

187) dazu oben § 1 II 2, § 3 II 2, § 5 I 1

5. Beweislastumkehr als Teil gerechter "Schadenszurechnung"?

a. Wie erwähnt, hat die Rechtsprechung häufig Verschuldenserwägungen Bedeutung im Hinblick auf die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß eingeräumt. Dies könnte bereits darauf hinweisen, daß hier die Verteilung des "Beweisrisikos" in unmittelbaren Zusammenhang mit dem nach materiellem Recht haftungsbegründenden Verhalten selbst gebracht wird. Dieser Eindruck verstärkt sich angesichts der oben [188] getroffenen Feststellung, daß die Rechtsprechung dazu neigt, in dem materiell-rechtlich relevanten Verhalten zugleich eine (angeblich zur Beweislastumkehr führende) "Beweisvereitelung" zu erblicken. Die Rechtsprechung führt auf diese Weise die Beweislastverteilung letztlich gleichfalls auf Elemente des materiell-rechtlichen Haftungstatbestands zurück [189]. Das Beweisvereitelungs-Prinzip aber bietet bei Beachtung seiner Grenzen - wie diese auch im einzelnen gezogen werden - keine Handhabe, die hier fragliche Beweislastumkehr zu rechtfertigen [190]. Der Beweisvereitelungs-Grundsatz ist daher in diesem Zusammenhang als Verlegenheitslösung, nicht als ehrliche Begründung zu betrachten; er verdeckt möglicherweise ein anderes, tatsächlich angewandtes Beweislast-Prinzip, das unmittelbar - ohne Zwischenschaltung der Denkfigur "Beweisvereitelung" - am (potentiell schädigenden) Verhalten selbst anknüpft. Zu prüfen ist daher, ob sich ein derartiges Prinzip der Beweislastverteilung begründen läßt.

b. Die "Prozeßgefahr", die von einer im Rechtsstreit zutage getretenen Unaufklärbarkeit des Sachverhalts ausgeht, könnte als materieller Nachteil, vielleicht sogar als echter Schaden im materiell-rechtlichen Sinn, angesehen werden [191]. Zumindest wirkt sich ein (endgültiger) Prozeßverlust bei Entscheidung "nach der Beweislast" im Falle des "non liquet" wegen der materiellen Rechtskraft des die Klage abweisenden Urteils praktisch als Verlust des mit dieser Klage geltend gemachten, materiell-rechtlich möglicherweise begründeten Rechts (Anspruchs) aus [192].

Die vorangegangenen Ausführungen dürften zudem gezeigt haben, daß materiell-

188) vgl. oben § 4 II 2 am Ende; in diesem Kapitel I 2 und II 4 a

189) zu diesem "Indiz" ESSER, Freiheit und Bindung, 79

190) vgl. oben 4 a am Ende

191) so DIEDERICHSEN, VersR 66, 211 ff. (216); dagegen BLOMEYER, Gutachten, 28 ff.; hiergegen wiederum DIEDERICHSEN, 46. DJT, E 79; vgl. auch PRÖLSS, aaO, 94

192) so zutr. BLOMEYER, aaO, 10

rechtliche Haftungsprobleme und Fragen der Beweislast vielfach in engstem Zusammenhang stehen; Recht und Rechtsverwirklichung lassen sich insoweit oft nicht trennen [193]. So wird etwa mit Hilfe einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität im praktischen Ergebnis letztlich nur das bei beweismäßig typischerweise problematischen Rechtsbeziehungen [194] als unangemessen empfundene Fehlen [195] einer Haftung für "mögliche" Kausalität im geltenden materiellen Recht ausgeglichen [196]. Weiter werden die Regeln über die Beweislastverteilung selbst vielfach als Bestandteil des materiellen Rechts erachtet [197]. Endlich ist es auch im Rahmen der "Grundregel" der Beweislastverteilung eine Frage materiell-rechtlicher Wertung, ob eine Norm als rechtsbegründend oder aber als rechtshindernd bzw. -vernichtend anzusehen ist (und daher entweder der Kläger oder der Beklagte die Beweislast im Hinblick auf die tatsächlichen Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm trägt) [198].

Gesichtspunkte dieser Art stützen die Annahme, daß die Beweislast bei bestimmter Fallgestaltung [199] nach speziellen materiell-rechtlichen Kriterien zu verteilen ist, die dem jeweils in Frage stehenden Rechtsgebiet zu entnehmen wären; die "Grundregel" der Beweislastverteilung hätte demgegenüber zurückzutreten. Im Haftpflichtrecht liegt es dann nahe, das "Beweisrisiko" in ähnlicher Weise "zuzurechnen", wie echte materiell-rechtliche Schadensfolgen zugerechnet werden.

In der neueren Literatur wird diese Ansicht denn auch vertreten [200]: Auch im Falle eines "non liquet" werde ja zum Nachteil einer Partei entschieden, nur

---

193) dazu aus neuester Zeit BAUR, RabelsZschr 1968, 158; REHBINDER, JuS 1969, 208 ff. (209) (zur Produzentenhaftung)

194) vgl. DIEDERICHSEN, 46. DJT, E 79 f. sowie KF 66, 47 ("Beweisnot" als "echtes materiell-rechtliches Zurechnungskriterium"); vgl. im übrigen auch unten c

195) abgesehen von § 830 I 2 BGB, vgl. oben 2

196) vgl. oben 2; vgl. auch BAUR, RabelsZschr 1968, 158

197) dazu insbesondere DIEDERICHSEN, VersR 66, 215 m. w. N.; vgl. auch BLOMEYER, Gutachten, 9

198) vgl. PRÖLSS, aaO, 72

199) hierzu unten c

200) vgl. DIEDERICHSEN, VersR 66, 215 f. (insbes. 216); ders., 46. DJT, E 79; ZZP 81 (1968), 66; REINHARDT, KF 66, 41; ESSER, Freiheit und Bindung, 78 f.; HAUSS, daselbst, 85 sowie KF 66, 38; vgl. auch WASSERMEYER, Prima-facie-Beweis, 73 ff.; PRÖLSS, aaO, 72; WILTS, Blutalkohol, 1967, 312 ff. (323 ff.) sowie VersR 68, 516 ff. (521 f.); vgl. auch bereits RABEL, RheinZ 23, 428 ff. (435 f.)

eben aus Gründen der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts; bei der Beweislastverteilung gehe es daher gleichfalls um eine gerechte "Schadenszuordnung" [201] oder - bei "Unrechtsschäden" terminologisch korrekter - um eine gerechte "Schadenszurechnung" [202]. So gesehen läßt sich die Verteilung der Beweislast im Schadensersatzrecht in der Tat als "Teil der alten Mechanik der gerechten Zuteilung" von Schaden und Vorteil begreifen [203].

Die Beweislastverteilung hat sich danach im Bereich der Haftung für "Unrechtsschäden", also außerhalb der Gefährdungshaftung, an den allgemeinen Kriterien gerechten Schadensausgleiches im Sinne "kommutativer" Gerechtigkeit zu orientieren [204]. In diesem (auch für die Arzthaftung maßgebenden) Haftungssektor - Vertragsverletzung, Delikt - ist das Verschulden letztlich ausschlaggebendes Zurechnungs- und Gerechtigkeitskriterium [205]. Eine gerechte "Zurechnung" des Beweisrisikos hinsichtlich der Kausalität wäre hier am besten wohl dadurch zu erreichen, daß die Beweislast insofern wenigstens in bestimmten Fällen [206] derjenigen Partei überbürdet wird, die schuldhaft den Unrechtstatbestand der betreffenden Haftungsnorm erfüllt hat. Auch die Präventivfunktion des Schadensersatzrechts - soweit dieser im Rahmen eines primär auf gerechten Schadensausgleich abzielenden Haftungssystems überhaupt Bedeutung zukommt [207] - wird für diese Lösung sprechen [208].

Auf diese Weise ließe sich also in der Tat eine Brücke schlagen zwischen materiell-rechtlichem Haftungstatbestand und Beweislastverteilung. Das allgemeine Prinzip gerechter Schadenszurechnung - hier konkretisiert durch den Verschuldens-

---

201) REINHARDT, aaO

202) vgl. ESSER, 2. A., 828 ff., 933 ff.

203) ESSER, Freiheit und Bindung, 79

204) "ausgleichende" ("kommutative") im Gegensatz zur "verteilenden" ("distributiven") Gerechtigkeit, vgl. ESSER, 2. A., 829, 830, 933; kritisch zu dieser Unterscheidung ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, Bd. II, 1273 Fußn. 4; vgl. allgemein noch DIEDERICHSEN, VersR 66, 221; REINHARDT, aaO; vgl. auch BGH, NJW 69, 275 ("... daher gerecht ..., ihn das Risiko der Unaufklärbarkeit tragen zu lassen.") (Hervorhebung vom Verf.)

205) vgl. statt aller ESSER, 3. A., I, 51; 2. A., 194 ff., 828 ff. (829: Verschuldensgrundsatz als "Rückgrat unserer Schadensordnung"); FIKENTSCHER, Schuldrecht, 259; ENNECCERUS-NIPPERDEY, aaO, Bd. II, 1272 ff.

206) vgl. unten c

207) vgl. oben 2 (mit Fußnote 73)

208) zur Berücksichtigung präventiver Gesichtspunkte bei der Beweislastverteilung vgl. PRÖLSS, aaO, 76, 94 f.; 102, 104

grundsatz - wird sonach als mögliche Grundlage von der Regel abweichender Beweislastverteilung anzuerkennen sein [209]. So könnte denn auch etwa bei der von Rechtsprechung und Literatur teilweise befürworteten Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität im Rahmen von § 823 II und § 618 BGB die Betonung des "Schutzzwecks" dieser Vorschriften [210] darauf hindeuten, daß hier im Hinblick auf die Beweislastverteilung gleichfalls auf allgemeine Gesichtspunkte gerechter "Schadenszurechnung" zurückgegriffen wird.

Eine mit solchen Erwägungen begründete Beweislastumkehr bedeutet dogmatisch keine Anerkennung einer Haftung für "mögliche" Kausalität, mag das mit Hilfe dieser Beweislastumkehr erzielte Ergebnis (Verurteilung) sich praktisch auch so darstellen [211]; denn es handelt sich hier dogmatisch um die (zudem, wie noch auszuführen sein wird, auf bestimmte Fallgruppen zu beschränkende) "Zurechnung" der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts [212], nicht um eine (generelle) Lockerung des materiell-rechtlichen Kausalitätserfordernisses [213]. Auch ist ohne entscheidende Bedeutung, daß im Rahmen der Grundsätze über die Beweisvereitelung in den hier interessierenden Fällen möglicherweise der Schutzzweck der betreffenden Haftungsnorm ("Rechtswidrigkeitszusammenhang") zu beachten ist, der in diesem Zusammenhang in der Regel die Verhinderung der "Beweislosigkeit" nicht mitumfaßt [214]. Das zuvor befürwortete Beweislastprinzip stellt auf ganz allgemeine Gerechtigkeits- und Zurechnungskriterien ab und reicht damit über die spezielleren, für die Beweisvereitelung geltenden Grundsätze hinaus [215].

c. Soll die - im Bereich der Beweislastverteilung besonders wichtige [216] - Rechtssicherheit nicht Schaden leiden, ist es erforderlich, eine (auch [217]) auf das Prinzip gerechter "Schadenszurechnung" gegründete Beweislastumkehr auf bestimmte Fallgruppen zu beschränken. Diese Beweislastumkehr sollte demnach, als Ergebnis einer rechtsfortbildenden Entscheidungsreihe [218], nur

---

209) vgl. die oben, Fußnote 200, Genannten
210) vgl. oben 4 c, bb
211) vgl. oben II 2
212) dazu in diesem Zusammenhang DIEDERICHSEN, VersR 66, 220
213) vgl. auch oben II 2 am Ende
214) vgl. oben II 4 a
215) vgl. oben a
216) vgl. insbesondere oben II 3 a
217) z. B. neben dem oben, 4 c dd erörterten "Wahrscheinlichkeitsprinzip"
218) Unsicherheiten der "Entwicklungsphase" müssen in Kauf genommen werden; so zutreffend HAINMÜLLER, aaO, 53, Fußnote 300

unter bestimmten, "tatbestandsmäßig" festgelegten Voraussetzungen [219] eintreten. Die hier in Frage stehenden Arzthaftungsfälle, in denen die Rechtsprechung eine Beweislastumkehr angenommen hat, genügen diesen Anforderungen, die zugleich eine erste Sicherung dagegen bieten, daß die vom Gesetz vorausgesetzte "Grundregel" der Beweislastverteilung weitgehend entwertet und außer Kraft gesetzt wird. Der letztgenannte Gesichtspunkt beschränkt außerdem eine in der zuvor dargestellten Weise begründete Beweislastumkehr auf solche Fallgruppen, für die ein "Beweisnotstand" typisch ist und in denen die Beweisschwierigkeiten besonders evident und schwerwiegend sind - auf Fälle also, wo ein Abweichen von der Beweislast-Grundregel als dringendes Gerechtigkeits-Erfordernis angesehen wird [220]. Die hier in Frage stehenden Arzthaftungsfälle weisen diese Merkmale auf [221]. Ob aber auch etwa der oben angeführte "Schwimmmeister"-Fall [222] diesen Anforderungen genügt, ist sehr zweifelhaft. Man wird wohl kaum sagen können, bei schuldhafter Verletzung beliebiger Berufspflichten - mögen diese auch die "Bewahrung anderer vor Gefahren für Körper und Gesundheit" [223] zum Gegenstand haben - befinde sich der Schadensersatzkläger typischerweise hinsichtlich des Kausalitätsnachweises in derart schwerem "Beweisnotstand" wie in den hier interessierenden Arzthaftungsfällen.

In den letztgenannten Fällen könnte somit das Prinzip gerechter "Schadenszurechnung" als (weitere [224]) Grundlage der Beweislastumkehr anzusehen sein. Allerdings mag fragwürdig erscheinen [225], wie sich mit diesem Prinzip vereinbaren läßt, daß die Rechtsprechung einen "einfachen" Fehler des Arztes oder "einfache" Fahrlässigkeit als Voraussetzung der Beweislastumkehr nicht ausreichen läßt [226]. Eine Erklärung und Rechtfertigung hierfür kann nur in den besonderen Eigenarten, Schwierigkeiten und Risiken ärztlicher Tätigkeit [227] gefunden werden - Umstände, die sich bereits im Rahmen der in den vorangegangenen Kapiteln erörterten Formen der Beweiserleichterung als für die beweisrechtliche

---

219) vgl. oben II 3 b

220) vgl. (allgemein) oben 1 d; vgl. auch DIEDERICHSEN, KF 66, 47 und 46. DJT, E 79 f.; HANAU, NJW 68, 2291; vgl. auch HAINMÜLLER, aaO, 76

221) vgl. oben 1 d, auch 3 a

222) BGH, NJW 62, 959

223) BGH, aaO

224) vgl. oben 4 c dd am Ende

225) vgl. auch KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 625; STOLL, Festschr. f. F. v. Hippel, 558 f.

226) vgl. die Rechtsprechungs-Übersicht oben I 1

227) vgl. oben § 1 II 2, § 3 II Einführung und 2, § 5 II 1 und 2

Beurteilung wesentlich herausgestellt haben [228]. Diese Umstände verbieten es, dem Arzt schon auf Grund des geringsten Fehlers das Beweisrisiko hinsichtlich der Kausalität dieses Fehlgriffs "zuzurechnen". "Gerechte Interessenabwägung" [229], allgemeine Voraussetzung gerechten Schadensausgleiches, verlangt die Berücksichtigung auch derartiger, sachbedingter [230] Gesichtspunkte [231].

Gerade im Hinblick auf Schäden aus fehlerhafter ärztlicher Behandlung mag, de lege ferenda, aus materiell-rechtlichen wie auch aus beweisrechtlichen Gründen manches für eine von der gegenwärtigen Rechtslage abweichende "versicherungsrechtliche" Lösung des Haftungsproblems (Abdeckung des Behandlungsrisikos durch entsprechende Versicherung jedes Patienten) sprechen [232]. Solange diese Schadensfälle aber auf der Grundlage einer (verschuldensabhängigen) Individualhaftung (zu der lediglich der Versicherungsschutz des haftpflichtigen Arztes "akzessorisch" hinzutritt [233]) abzuwickeln und zu entscheiden sind, wird man derartigen Erwägungen, die auf die besonderen Eigenarten ärztlicher Tätigkeit abstellen, auch im Hinblick auf die Beweislast-Verteilung Bedeutung zuerkennen müssen.

Hat der Arzt allerdings bei der Behandlung (oder sonstwie) schuldhaft einen schweren Fehler [234] begangen, ist er - selbst bei Berücksichtigung der zuvor erwähnten Eigenarten seiner Tätigkeit - von allgemeinen Zurechnungsgesichts-

---

228) vgl. insbesondere oben § 3 II Einführung und 2, § 5 II 1 und 2

229) vgl. z. B. RGZ 171, 171; BGH, VersR 58, 849 f. (dort aber zu Unrecht einzelfallbezogen aufgefaßt)

230) zur "Natur der Sache" als einem der bei der Rechtsfortbildung zu beachtenden Gerechtigkeitskriterien vgl. allgemein LARENZ, Methodenlehre, 309 ff.

231) ebenso im Ergebnis BLOMEYER, AcP 158, 106; HAINMÜLLER, aaO, insbes. 160 f.; vgl. auch HANAU, NJW 68, 2291 (nicht überzeugend aber dessen Ansicht, die Beschränkung der Beweislastumkehr auf Fälle "grober Fahrlässigkeit" liege nicht im Interesse der Ärzte - dieses Erfordernis wird in den meisten Fällen doch die Haftung bei "non liquet" in der Kausalitätsfrage gerade verhindern!); verfehlt dagegen BYDLINSKI, Schadensverursachung, 88/89; hiergegen zutreffend HAINMÜLLER, aaO, 160, Fußnote 537

232) vgl. LAUFS, NJW 69, 529; allgemein zu dieser Problematik und zur Unlänglichkeit des geltenden Haftungssystems für derartige Fälle auch WESTEN, Festschr. f. F. v. Hippel, 1967, 591 ff. (insbes. 626 ff.); Eike von HIPPEL, NJW 69, 681 ff. (insbes. 683 f.)

233) hierzu Eike von HIPPEL, NJW 69, 683

234) genauere Bezeichnung der Voraussetzungen der Beweislastumkehr unten 6

punkten her betrachtet in der Tat "näher daran" [235], mit dem "Beweisrisiko" im Kausalitätsbereich belastet zu werden. Gründe gerechter "Schadenszurechnung" gebieten dann, ihm insoweit die Beweislast aufzuerlegen - gleichgültig, auf welcher Anspruchsgrundlage (positive Vertragsverletzung oder Delikt) der Schadensersatzanspruch des Patienten in concreto beruht [236].

6. Ergebnis sowie Bestimmung der Voraussetzungen der Beweislastumkehr auf Grund der ihr nach der hier vertretenen Ansicht zugrunde liegenden Beweislastprinzipien

Als Ergebnis der vorangegangenen Untersuchungen ist somit festzustellen: Die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität im Arzthaftungsrecht kann auf den (normativen) Grundsatz gerechter "Schadenszurechnung" und auf das (empirische) "Wahrscheinlichkeitsprinzip" zurückgeführt werden [237]. Akzeptiert man diesen Begründungsversuch, wird die genannte, von der Rechtsprechung entwickelte Beweislastumkehr als legitime, sich im Rahmen des geltenden Rechts haltende Rechtsfortbildung anzuerkennen sein.

Wie ausgeführt [238], verfolgt die Rechtsprechung im Hinblick auf die Voraussetzungen dieser Beweislastumkehr im einzelnen keine ganz einheitliche Linie. Es wird daher abschließend noch kurz versucht, diese Voraussetzungen auf der Grundlage jener beiden Beweislastprinzipien zu präzisieren.

Das "Wahrscheinlichkeitsprinzip" als die eine Grundlage jener Beweislastumkehr verlangt zunächst, daß sich die Schädigung des Patienten als Verwirklichung des

---

235) vgl. BGH, NJW 67, 1509; vgl. auch BGH, NJW 69, 275 (dort aber "näher daran" auf Grund des Gefahrenbereichs-Gedankens, vgl. oben 4 b, bb); vgl. im übrigen DIEDERICHSEN, VersR 66, 218; REINHARDT, KF 66, 41; BAUR, Schadensersatzrecht, 88. - Möglicherweise erleichtert - wenn auch nicht offen von der Rechtsprechung eingestanden - die Abdeckung des ärztlichen Haftungsrisikos durch Haftpflichtversicherung noch zusätzlich den Schritt zur Beweislastumkehr; vgl. hierzu (allgemein) WIETHÖLTER, Aufklärungspflicht des Arztes, 75; REINHARDT, KF 66, 41; DIEDERICHSEN, KF 66, 28

236) and. Ans. HAINMÜLLER, aaO, 161, insbesondere Fußnote 538; analoge Anwendung der §§ 282, 285 BGB ist im Vergleich zu dem hier befürworteten Beweislast-Prinzip aber ein speziellerer, auf die vertragliche Sonderbeziehung beschränkter Beweislastgrundsatz!

237) zur Verbindung normativer und empirischer Gesichtspunkte in diesem Zusammenhang vgl. auch KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 623

238) vgl. die Rechtsprechungs-Übersicht oben I 1

durch den ärztlichen Fehler geschaffenen Schädigungs-Risikos darstellt. Der Fehler muß - wie die Rechtsprechung häufig betont hat [239] - allgemein geeignet gewesen sein, eine derartige Schädigung herbeizuführen, wie sie in concreto eingetreten ist [240]. Der Feststellung solcher "Schädigungseignung" liegt ein auf allgemeiner Erfahrung beruhendes Wahrscheinlichkeitsurteil zugrunde. Gleiches gilt auch für die Feststellung einer Gefährdung [241] ("Gefahr" = Zustand, bei dem die Möglichkeit einer Schädigung naheliegt [242]). Deshalb wird es sich in aller Regel von selbst verstehen, daß ein zur Schädigung allgemein geeignetes Verhalten des Arztes eine Gefahr für den Patienten heraufbeschworen hat. Dies braucht daher nicht eigens zur (weiteren) Voraussetzung der Beweislastumkehr gemacht zu werden [243].

Das Prinzip gerechter "Schadenszurechnung" wie auch der "Wahrscheinlichkeitsgrundsatz" gestatten aber, wie erörtert [244], bei nur geringfügigem, "leicht fahrlässigem" Fehler des Arztes noch keine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität. In dieser Beziehung sind vielmehr - in Übereinstimmung mit der insoweit einmütigen Rechtsprechung [245] - verschärfte Anforderungen zu stellen. Beim Versuch, die in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen auf einen möglichst einfachen, den genannten Beweislast-Prinzipien gerecht werdenden "tatbestandlichen" Nenner zu bringen, wird von folgendem auszugehen sein:

Das erstgenannte Beweislast-Prinzip erfordert, wie erwähnt, als Vorbedingung der Beweislastumkehr schuldhaftes, vorwerfbar-pflichtwidriges Verhalten des

---

239) vgl. z. B. BGH, VersR 62, 529; NJW 67, 1508 f.; 68, 1185, 2293; vgl. im übrigen die Übersicht oben I 1; vgl. auch WEITNAUER, KF 66, 16; DIEDERICHSEN, VersR 66, 220; KF 66, 25; 46. DJT, E 80; ZZP 81 (1968), 66; KLEINEWEFERS-WILTS, aaO, insbes. 620

240) Damit werden oft auch die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises gegeben sein; dieser aber ist ziemlich leicht zu "erschüttern" (vgl. oben § 3 II 2 am Ende) - daher die Bedeutung der (generalisierenden) Beweislastumkehr, die dafür auch von verschärften Voraussetzungen abhängt.

241) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. A. 1967, Rdnr. 148 a vor § 1 StGB

242) SCHÖNKE-SCHRÖDER, aaO, Rdnr. 148

243) anders häufig die Rspr.; vgl. RGZ 171, 171; BGH, VersR 58, 849 f.; NJW 68, 2293 und i. ü. oben I 1

244) vgl. oben 4 c, dd und 5 c

245) vgl. statt aller RGZ 171, 171 und BGH, NJW 68, 2293 sowie im übrigen die Rechtsprechungs-Übersicht oben I 1

Arztes [246]. Dazuhin muß dieses Verhalten nach beiden hier angewandten Prinzipien eine verschärfte negative Wertung rechtfertigen, soll sich die Beweislast im Kausalitätsbereich umkehren. Fälle vorsätzlich, auch nur bedingt vorsätzlich begangener "Kunstfehler" dürften kaum jemals vorkommen; zumindest werden die tatsächlichen Vorsatz-Voraussetzungen praktisch nicht nachweisbar sein. Die Voraussetzungen der Beweislast-Umkehr wären daher hier wohl am besten in der Weise einheitlich festzulegen, daß insoweit auf den - auch sonst vielfach verwendeten - Begriff der groben Fahrlässigkeit zurückgegriffen wird.

Zwar ist es bislang nicht gelungen, den systematischen Standort dieses Begriffs eindeutig zu bestimmen [247]. Kriterium grober Fahrlässigkeit ist nach heutiger Ansicht jedenfalls nicht allein, ob "die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt ist und ob das unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem einleuchten mußte" [248]. Auch Umstände, welche die "subjektive (personale) Seite der Verantwortlichkeit" betreffen [249], sind vielmehr zu berücksichtigen. Das Urteil grober Fahrlässigkeit bewertet somit zunächst einmal das fehlerhafte Verhalten als in gesteigertem Maße pflichtwidrig. Darüber hinaus aber enthält es eine "Gesamtwertung", in der objektive (Pflichtwidrigkeit) und subjektive (Vorwerfbarkeit) Elemente verbunden sind [250].

Gegenstand dieses "Gesamturteils" sind somit gerade die Umstände, die nach den hier angewandten Beweislast-Prinzipien wesentliche Voraussetzungen der Beweislastumkehr sind. Aus diesem Grund erscheint der Begriff der groben Fahrlässigkeit als sachgerechteste und prägnanteste Kennzeichnung der Vorbedingungen

246) vgl. oben 5 b, c; ebenso (ausdrücklich) RGZ 171, 171; BGH, VersR 67, 663 (664); vgl. im übrigen oben I 1; vgl. auch BLOMEYER, AcP 158, 105 f. und Gutachten, 12; HAINMÜLLER, aaO, 160; KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 625; HANAU, NJW 68, 2291

247) vgl. LOHE, VersR 68, 323 ff. (324); vgl. auch HAINMÜLLER, aaO, 160, Fußnote 147 (speziell im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung bei der Arzthaftung)

248) RGZ 141, 129 (131)

249) BGHZ 10, 14 (16); BGH, VersR 67, 127 und 909 (910)

250) vgl. BGH, VersR 67, 910; OLG Stuttgart, VersR 68, 953 (954); LOHE, VersR 68, 325 f.; DEUTSCH, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 152 ff.; ESSER, 3. A., I, 251; ERMAN, Anm. 5 b zu § 276 BGB; STAUDINGER-WERNER, Rdnr. 21 zu § 276 BGB; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgem. Teil, § 211 I (S. 1311 f.)

der Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht [251].

Weitere Voraussetzungen der Beweislastumkehr verlangen die genannten Beweislast-Prinzipien hier nicht. Insbesondere findet sich auf der Grundlage dieser Prinzipien keine Erklärung und Begründung dafür, weshalb die Beweislastumkehr auch davon abhängig sein soll, ob "ein gewisserhafter Arzt eine bestimmte Schädigungsfolge bei der Behandlung ... in Erwägung zu ziehen" gehabt hätte [252].

Die Beweislast hinsichtlich der Kausalität kehrt sich also um, wenn der Arzt grob fahrlässig einen Fehler begangen hat, der zur Herbeiführung einer Schädigung von der Art der eingetretenen geeignet war.

---

251) ebenso RG, WarnRspr 41 Nr. 14; RGZ 171, 171; BGH, LM Nr. 25 zu § 826 (C) ZPO; BGH, VersR 62, 528 (529); 64, 1247; BLOMEYER, AcP 158, 105 f. ("vorsätzliche oder leichtfertige Gefährdung"); HAIN-MÜLLER, aaO, 160; vgl. auch HANAU, NJW 68, 2291 (der u. a. mit Recht darauf hinweist, daß die Beschränkung der Beweislastumkehr auf Fälle grober Fahrlässigkeit auch praktisch respektiert werden sollte)

252) so aber BGH, VersR 63, 68 f.; NJW 68, 1185; kritisch hierzu auch KLEINEWEFERS-WILTS, VersR 67, 622

ZUSAMMENFASSUNG

1. Der Beweis der anspruchsbegründenden Behauptungen ist in Arzthaftungsprozessen typischerweise besonders schwierig. Auch auf diesem Haftungsgebiet ist jedoch grundsätzlich "volle" Überzeugung des Gerichts zur Verurteilung erforderlich; eine Wahrscheinlichkeitsabwägung genügt nicht. Die verschiedenen Möglichkeiten der Beweiserleichterung sind daher hier praktisch äußerst wichtig und oft ausschlaggebend.

2. § 287 ZPO erleichtert dem Kläger durch Herabsetzung der Beweisanforderungen im Vergleich zu § 286 ZPO auch den Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität; hierin liegt die Hauptbedeutung jener Bestimmung im Arzthaftungsrecht. Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität sind im Hinblick auf die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 286 und § 287 ZPO bei allen hier in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen streng zu unterscheiden. Der erste Schadenserfolg ist stets Endpunkt der haftungsbegründenden Kausalbeziehung; die weiteren Schadenserfolge zählen zum haftungsausfüllenden Bereich. Für die "Kausalität" der Unterlassung gilt nichts anderes.

3. Eine grundsätzliche Einschränkung des Anscheinsbeweises mit Rücksicht auf die Eigenarten, Schwierigkeiten und Risiken ärztlicher Tätigkeit ist nicht erforderlich. An den Nachweis einschlägiger "Erfahrungsgrundsätze" sind hier aber scharfe Anforderungen zu stellen. Die Effektivität des Anscheinsbeweises im Arzthaftungsrecht wird geschmälert durch die hier sehr häufig gegebene Möglichkeit der "Erschütterung" dieses Beweises.

4. Die Grundsätze über die sog. Beweisvereitelung sollten auf Fälle des Verstoßes gegen Pflichten zur Herstellung und Erhaltung von Beweismitteln beschränkt bleiben; die Rechtsfolgen einer Beweisvereitelung (oder -erschwerung) liegen im Bereich der Beweiswürdigung. Nach der Rechtsprechung kann das beweisvereitelnde Verhalten im Arzthaftungsrecht auch in dem möglicherweise schädigenden "Kunstfehler" selbst liegen; Beweislastumkehr im Kausalitätsbereich zu Lasten des Arztes ist angeblich die Folge. Eine derartige Ausweitung des Beweisvereitelungs-Prinzips ist abzulehnen.

5. Die Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung ist hauptsächlich vom Umfang des vom Schuldner übernommenen Leistungsrisikos abhängig. Danach verbleibt bei der vertraglichen Arzthaftung die Beweislast für objektive Pflichtwidrigkeit und Kausalität beim Kläger. Der beklagte Arzt hat sich aber hinsichtlich der Verschuldensmomente zu entlasten.

6. Die Rechtsprechung nimmt seit längerer Zeit im Hinblick auf die Kausalität eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten bei grobem Fehler des Arztes an. Diese Beweislastumkehr findet im Gesetz keine unmittelbare Grundlage. Sie ist ein Akt richterlicher Rechtsfortbildung. Die genannte Beweislastumkehr ist aus anderweitig anerkannten Erscheinungsformen regelwidriger Beweislastverteilung nicht ohne weiteres ableitbar; auch ist sie dogmatisch nicht als Ausprägung einer Haftung für "mögliche" Kausalität - die abzulehnen ist - anzusehen. Die erwähnte Beweislastumkehr kann nach der hier vertretenen Ansicht aber auf allgemeinere Beweislast-Prinzipien zurückgeführt werden. Nach diesen Prinzipien beruht diese regelwidrige Beweislastverteilung auf Wahrscheinlichkeitserwägungen und ist zudem an Kriterien gerechter "Schadenszurechnung" orientiert. Auf dieser Grundlage ist die hier in Frage stehende, von der Rechtsprechung entwickelte Beweislastumkehr als legitime Rechtsfortbildung anzuerkennen. Ihre Voraussetzungen sind dahingehend zu präzisieren, daß sich die Beweislast bei grob fahrlässig begangenem, zur Herbeiführung einer derartigen Schädigung geeignetem Fehler des Arztes umkehrt.

LEBENSLAUF

Am 5. Juni 1942 wurde ich als Sohn des Landwirts und Gutsbesitzers Otto Gaupp und dessen Ehefrau Luise, geb. Deutschmann, in Meseritz (Regierungsbezirk Frankfurt an der Oder) geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Mein Vater ist seit Ende des Zweiten Weltkriegs vermißt.

Nach 3 1/2-jähriger Volksschulzeit in Ilsfeld Kreis Heilbronn (Neckar) besuchte ich von Mai 1952 bis zum Abitur am 3. März 1962 das Robert-Mayer-Gymnasium in Heilbronn.

Im Sommersemester 1961 begann ich an der Universität Heidelberg mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Vom Sommersemester 1962 ab studierte ich dann in Tübingen, wo ich am 18. November 1965 die Erste juristische Staatsprüfung ablegte.

Im Dezember 1965 nahm ich den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg auf. Nach Ausbildungsstationen in Freudenstadt (Schwarzwald), Heilbronn und Stuttgart bestand ich am 14. Januar 1969 in Stuttgart die Zweite juristische Staatsprüfung. Die hierauf folgende Zeit verbrachte ich mit der Ausarbeitung der Dissertation. Am 6. August 1969 wurde ich zur Rechtsanwaltschaft und als Rechtsanwalt bei dem Landgericht Stuttgart zugelassen. Seit dem 1. September 1969 bin ich in einem Stuttgarter Anwaltsbüro tätig.